Vorhoff der gantzen JURIS-PRUDENZ,

Oder

Vollständige Einleitung

zum

Jure Civili, Feudali, Canonico und Publico.

Ein und dreyßigster Theil.

Braunschweig, MDCC XXXV.
Zu finden bey Simon Jacob Rengern.

LIBER. III.

CONTINVATIO

TIT. XXVI.

DE

SOCIETATE.

Es wird auch die Societät geendiget, wenn dasjenige negotium, deßwegen diese Societät geschlossen worden, zu Ende gebracht worden ist, oder dasjenige Vermögen, in Ansehung dessen solche Societät geschlossen worden, verlohren gegangen, es sey gleich durch die Confiscation oder daß der eine Compagnon Schulden halber bonis cediren müssen. §. 6. & 7. J. h. t. l. 65. §. 10. ff. eod. l. 63. §. 7. ff eod. Es hätte denn in letzten Fall, bey der cessione bonorum

nemlich dieser Compagnon kein Vermögen oder Capital in die Societät inferirt, sondern vielmehr blosse operas und zu arbeiten versprochen, oder aber der andere Compagnon nach erfolgter Cession mit ihn von neuen den Societäts-Contract erneuert, als in welchen Fällen der Societäts-Contract noch dauren kann. §. 8. J. h. t. ibique VINNIUS & HOPPIUS. FRANTZK. h. t. n. 129. sqq. STRUV S. J. C. Exerc. 22. th. 40. ibique MÜLLER. VOETIUS ad ff. h. t. §. 26. Weiter ist auch die Societät geendiget, so bald die Zeit auf wie lange sie geschlossen, verflossen ist, obschon die angefangenen negotia noch nicht völlig zu Ende gebracht worden seyn. LAUTERB. Coll. ff. l. c. §. 36.

Zum Beschluß muß ich auch noch etwas von denen obligationibus und actionibus, so denen sociis aus denen mit extraneis geschlossenen Contracten zustehen, gedencken. Es ist nemlich bekanndt, daß Compagnien und Societäten mit andern Contracte schliessen. Nun kann es geschehen, daß entweder alle beyde zugleich dergleichen Contract schliessen, und unterschreiben, oder aber einer contrahirt nur alleine in Nahmen der Societät. In ersten Fall, und wenn sie beyde zugleich contrahirt haben, es sey gleich, daß sie sich andern, oder andere ihnen verbindlich gemachet haben; so statuiren die Doctores, dafern sie sich nicht in solidum einer vor beyde, und beyde vor einen

unter-

unterschrieben, so könnte ihr Creditor nicht einen allein um der gantzen Summa anpacken, und belangen, sondern vielmehr allein pro rata und nach seinem Antheil in der Societät: wiedrigenfalls, und wenn er nur den einen um die völlige Bezahlung anpacken würde, stünde ihm die exceptio divisionis entgegen. Hingegen wenn ihnen jemand etwas schuldig wäre, so könnte auch einer, wenn er nicht Vollmacht von dem andern dazu hat, nicht die gantze Summa fordern, sondern nur nach seinen Antheil in der Societät. STRUV. S. J. C. Exerc. 22. th. 42. LAVTERB. Coll. ff. L. 2. §. 37. welcher Meynung aber CARPZOVIVS p. 2. resp. 17. n. 12. wiederspricht, und daß sie schon de jure in solidum obligirt wären behauptet, welche Meynung denn auch in Churfürstenthum Sachsen nach Anleitung BERGERI in oecon. jur. l. c. th. 32. not. 5. recipirt ist.

Anlangend den andern Fall, wenn nur einer von denen Compagnons mit einem fremden contrahiret, so machet man einen Unterscheid, ob derselbe den Contract vor sich nur in seinem eigenen Nahmen, oder in Nahmen der Societät, und Compagnie geschlossen hat? In ersten Fall haben die übrigen Socii und Compagnons gegen diesen Debitorem nicht das geringste Recht zu klagen, und ist ihres Compagnons Schuldner ihnen mit nicht dem geringsten verbündlich; ob auch diese Compag-

nons gleich socii omnium bonorum seyn. arg. l. 67. § 1. ff. h. t. SCHILTER Prax. Jur. Rom. Exerc. 9. th. 8 sqq. STRYCK Caut. Contr. Sect. 2. Cap. X §. 10. sqq. Wiewohl die andern Compagnons haben nur kein Recht zu klagen wieder den Schuldner aus diesem Contract; wohl aber stehet ihnen ein Recht gegen den contrahirenden Compagnon zu, sintemahl dieser den aus solchen Contract erfolgten Nutzen denen andern Compagnons communiciren muß. Ad hoc enim ipsis, wie STRYCK in Caut. Contr, l. c. schreibet, nata est obligatio ex prima conventione, qua se ad omnium bonorum communicationem adstrinxerunt. Hiernechst wie sie aus einem solchen Contracte wieder den Schuldner ihres Compagnons nicht klagen können, also wenn der Compagnon sich einem andern in diesen Contract verbündlich gemacht hat, so werden die andern Socii daraus nicht obligirt, noch mögen sie aus solcher Obligation belanget werden, wenn auch gleich zwischen denen Sociis gleich Anfangs verglichen worden, daß was einer von ihnen unternehmen würde, sollte allerseits Compagnons verbinden, weil dieses Pactum nur zwischen denen Paciscenten von einiger Würckung, nicht aber bey andern Persohnen von einigen Effect ist, weil der Creditor bey Schliessung des Contracts nicht auf die übrigen Creditores, sondern vielmehr auf den mit ihm

ihm contrahirenden gesehen, und sich selbigen verbündlich machen wollen. Wie denn auch, wenn die Sache, darüber er mit einem andern contrahiret hat, gleich eine zur Societät gehörende Sache ist, oder der contrahirende Compagnon von denen übrigen Sociis der gantzen Compagnie oder Societät vorgesetzet ist. CHRISTINÆUS vol. 3. decis. 52. LAUTERB. Coll. ff. h. t. §. 41. Und findet dieses alles durchgehends statt, es könnte denn der Gläubiger beweisen, daß das Geld oder die Sache, so er dem einen Compagnon creditiret, in der gemeinschafftliche Casse gekommen, oder sonst in der gantzen Societät Nutzen verwendet worden, als in welchen Fall mittelst der actionis de in rem verso, oder actionis utilis die übrigen Socii gültiger Weise daraus belanget werden können. LAUTERB. disp. de sociorum obligatione §. 44. sqq.

Anlangend den andern Fall, und wenn einer von denen Compagnons oder Sociis den Contract nicht so wohl in seinen eignen Nahmen und vor sich, als vielmehr in seinem und seiner Compagnons ihren Nahmen schliesset, und er hat nicht die formam oder leges societatis überschritten; in solchen Fall sind die andern Compagnons auch an solchen Contract verbunden, und können auch aus selbigen klagen; jedoch sind sie weiter nicht, als pro parte quam habent in societate obligirt und gehal-

ten. SICHARD. in l. 9. C. si cert. ptet. n. 4. & 5. GAIL. 2. obs. 24. n. 9. MOZZIUS de contract. Tit. de societate col. 4. n. 9. STRUV. S. J. C. Exerc. 22. §. 44.

TIT. XXVII.
DE
MANDATO.

Der letzte contractus consensualis ist nach Anleitung derer institutionum der contractus mandati. Es ist aber selbiger nichts anders, als ein contractus consensualis, quo aliquid gratis gerendum committitur & suscipitur, oder wenn mir jemand aufträget, vor ihm etwas zu thun, und ich nehme es gratis über mich.

Es wird aber dieser Contract verschiedentlich eingetheilet, und zwar erstlich in mandatum sine libera und denn cum libera. Letzteres ist eine gantz besondere Art der Vollmacht, mittelst dessen der Bevollmächtigte unumschränckte Gewalt erhält, nach Befinden und der Sache Nothdurfft zu verfahren. Daher schreibet PAGENSTECHER si ciliment. Manip. 4. also: sane cum mandati natura stricta sit *§. 8. J. de mandat.* sequitur non *strictam*, sed *liberam* potestatem ejus naturæ quid specialiter superaddere: unde tum porro sequitur, mandatum cum *libera*

libera nempe agendi potestate concessa, plus valere, quam mandatum generale simplex utpote quod nec liberum est, nec speciale.

Noch weiter ist das Mandatum entweder expressum, oder aber tacitum: Ersteres ist, wenn ich jemanden mündlich oder schrifftlich eine Vollmacht auftrage. Letzteres hingegen ist, wenn ich vor jemanden anders mit seinem Wissen, und da er nicht wiederspricht, etwas thue und verrichte. Diese beyde Arten differiren nur von einander quoad conceptum, nicht aber in usu praxeos, angesehen diese Regeln durchgehends confirmirt sind: Quicunque expresse consentire potest, ille etiam tacite hoc facere potest; und denn Quicunque expresse consentire nequit, ille nec tacite hoc potest.

Ferner gibt es noch eine andere Gattung, das nemlich eingetheilet wird in judiciale und extrajudiciale, oder in eine gerichtliche und aussergerichtliche Vollmacht. Beyde differiren darinnen, daß erstere zu dergleichen Handlungen, welche gerichtlich, oder an Gerichts-Stelle, letztere hingegen in andern aussergerichtlichen Handlungen gegeben wird. VINNIUS ad rubr. J. h. t. mithin komts hier nicht auf den Ort an, wo solche Vollmacht ausgestellet worden, sondern auf das Objectum und die Sache, wozu sie ist ausgestellet worden; dergestalt, daß wenn ich gleich an ordentlicher Gerichts-Stelle zu einer aussergerichtlichen

Sache und Handlung jemanden eine Vollmacht ausstelle, solches doch keine gerichtliche, sondern aussergerichtliche ist. LAUTERBACH Coll. ff. h. t. §. 3.

In Betrachtung des Objecti oder der Sache, wozu dergleichen Vollmacht ausgestellet wird, theilet man sie auch ein in mandatum universale und speciale, oder in eine universal, item general und denn special Vollmacht. Erstere ist, die ich jemanden zu allen meinen Angelegenheiten gebe; letztere hingegen, die ich jemanden nur zu einer gewissen Sache ausstelle.

Dergleichen Vollmachten können nun alle diejenigen ausstellen, auch annehmen, welche nur gesunden Verstandes, und sich gültiger Weise verbündlich machen können, und denen nicht etwa solchen Contract zu schliessen besonders untersaget und verboten ist. Daher kann auch ein mandatarius extrajudicialis (anders verhält es sich mit denen mandatariis und procuratoribus judicialibus, denen nemlich aufgetragen worden, in Gerichte etwas zu expediren, als welche, wenn sie nicht in ihrer Vollmacht potestatem substituendi haben, keinesweges in Stande sind, einem andern an ihre Stelle dazu Vollmacht aufzutragen, und zu substituiren) einem andern ordentlicher Weise in dieser Sache Vollmacht auftragen und substituiren, ob er auch schon in seiner Vollmacht

die

die Gewalt zu substituiren nicht hat. l. 8. §. 3. ff. h. t. c. 1. in fin. de procurat. in 6. Es hätte denn 1) der Aussteller solcher Vollmacht dieses ausdrücklich verbothen, oder 2) aus denen Worten der Vollmacht, nicht minder aus der Natur des anvertrauten Negotii erhellete, daß der Mandans den besondern Fleiß des Mandatarii erwehlet, und darauf seine Absicht gehabt, und ihm eben deswegen Vollmacht gegeben hätte. arg. l. un. §. 9. C. de caduc. tollend. l. 31. ff. de solut. STRYCK us. mod. ff. h. t. §. 12. & sqq. welches denn bey allen und jeden schweren und wichtigen Negotiis, welche einen besondern Fleiß, Mühe und Geschicklichkeit erfordern, geschehen zu seyn vermuthet wird. BRUNNEMANN ad l. 8. §. 3. ff. h. t. MEVIUS p. 5. decis. 176. MOEGLING disp. de electione certæ personæ industriæ.

Wie nun das Objectum eines jeden Contractus mandati lauter noch in Zukunfft zu verrichtende Handlungen præsupponirt: also wird auch erfodert, daß dem Mandatario oder Bevollmächtigten auch etwas gewisses zu verrichten aufgetragen werde. Daher schreibt LAUTERBACH in collegio ff. Tit. Mandati §. 10. davon also: Mandatum enim rei, siue negotii omnino incerti, quod nec ex natura sua, vel aliunde aliquam determinationem habet, non subsistit v. g. si quis Titio mandaverit, ut ipsi rem aliquam vel fundum emat sine possessoris,

loci

loci, modi aut magnitudinis determinatione. Weiter müssen es auch lauter negotia honesta, oder ehrbahre Handlungen und Verrichtungen seyn, dergestalt daß sie nicht schändlich und der Ehrbarkeit zu wieder lauffen. Denn wiedrigenfalls, woferne etwann ich eine schändliche und unerbahre Handlung jemanden auftrage, so entsteht daraus keine Verbindlichkeit, und mag weder der Mandans den Mandatarium zu Erfüllung des Contracts, noch der Mandatarius den Mandantem zur Schadloßhaltung anhalten und belangen §. 7. J. h. t. l. 6. §. 3. ff. mandati, ibique BRUNNEMANN. CARPZ. p. 4. C. 6. def. 8. n. 2. Klock vol. 2. conf. 59. n. 29. Hingegen seyn beyde der Mandans und Mandatarius, wenn dieser diese schändliche That verrichtet und erfüllet hat, so wohl der Republic, als dem Tertio, der dadurch ist beleidiget worden, obligirt, und müssen sie beyde dem Beleidigten den erlittenen Schaden, jedweder in solidum ersetzen, und werden sie auch beyde mit der auf das Verbrechen gesetzten ordentlichen Straffe beleget. l. 11. §. 3. ff. de injur. l. 15. §. 1. ff. ad L. Cornel. de sicar. l. 5. C. de accus. CARPZ. Proc. Crim. p. 1. quæst. 4. STRYCK in us. mod. ff. h. t. §. 19. sqq. Idem disp. de mandato delinquendi. Daher schreibet denn anch Ill. BERGER in œcon. jur. Lib. III. Tit. V. th. 16. nota folgender maassen: Imo uterque cum reipublicæ, tum læso in soli-

solidum obligantur. l. 11. §. 3. ff. de injur. reipublicæ ad pœnam publicam, læso autem 1) ad rem, 2) pœnam civilem, hoc tamen discrimine, ut altero rem in solidum solvente, alter liberetur; ex adverso utrumque pœnam civilem in solidum solvere oporteat. Ex quo consequitur 1) hoc loco exceptionibus ordinis & divisionis locum denegari, 2) cautelam, qua sibi hodieque Judices placent, minus tutam esse, ut quoties sine justa caussa ad instantiam creditoris capiendum & custodiæ tradendum curant debitorem, aut arrestum accipiunt, a creditore exigant cautionem de præstanda indemnitate, Schadlos-Schein. At tum, opinor, sustinebitur cautio, cum ea post capturam itemque impetratum arrestum sustinetur.

Ob aber sowohl der Mandatarius, als der Mandans, wenn erster die Grentzen seiner Vollmacht überschritten hat, beyde gestraffet werden, ist eine andere Frage, welche mit Unterscheid zu beantworten; ob nemlich der Mandatarins durch Unvorsichtigkeit, oder mit Fleiß die Gräntzen seiner Vollmacht überschriten. Hat er sie mit Fleiß und Vorsatz überschritten, z. E. es hat der Mandans ihm aufgetragen, dem andern nur ein Affections-Stößgen in dem Arm zu geben, und er stößt ihn aus Vorsatz und eigener Piquanterie ins Hertz, mithin todt; so ist der Mandans daraus nicht verbunden; da hingegen, wenn der Mandata-

datarius nur aus Unvorsichtigkeit solches überschritten, der Mandans eben daraus obligirt wird. HOPP. ad §. 7. J. h. t. BERGER œcon. jur. Lib. 3. Tit. V. §. 36. n. 1.

Es wird aber dieser contractus mandati von denen andern Contracten hierinnen unterschieden, daß nemlich hierbey die aufgetragenen Handlungen und Verrichtungen principaliter umsonst geführet und verrichtet, auch aufgetragen werden. l. 15. l. 22. §. 11. ff. h. t. Daher ist er von dem contractu locati conducti unterschieden, weil bey dieser letztern zwar auch unterweilen, negotia gerenda committirt, und übernommen werden, jedoch nicht umsonst, sondern vielmehr vor ein gewisses Lohn und Sold. l. 1. §. f ff. §. fin. J. h. t. Hingegen das Mandatum seiner Natur nach gratuitum ist. Daher wenn nicht nur etwa ein gewisses Lohn, sondern auch eine andere Sache in compensationem gestionis versprochen wird, nicht minder wenn der Mandans dem Mandatario verspricht, er wollte ihm zur Compensation seiner Handlungen hinwiederum dieses ausrichten, und thun; so ist dieses schon ein contractus mandati. l. 5. §. 2. l. 22. ff. P. V.

Hingegen wird ein honorarum nicht ausgeschlossen, vielmehr kann dasselbe allerdings gültiger Weise auch in contractu mandati versprochen und gegeben werden. l. 6. pr. l. 7. ff. l. 1. C. h. t. STRYCK. Caut. contract. Sect. 2. cap.

11. §.

11. §. 21. FRANTZK. ad ff. h. t. n. 26. sqq. HAHN. ad WESENBECCIM h. t. n. 12. VINNIVS ad §. 1. J. h. Jedoch kann dasselbe ehr nicht gefodert werden, als wenn etwas gewisses ist versprochen worden, als in welchen Fall dasselbe conductione certi, daferne es stipulatione versprochen, oder actione mandati directa, wenn es mittelst pacti in continenti contractus adjecti versprochen worden, angesehen das pactum in continenti contractui adjectum in dem Contract schon stecket, und eben dieselbe actionem geniesset, welche aus dem Contract entstehet. Inmaassen auch die Meynung BACHOVII ad TREVTLERVM vol. 1. disp. 27. th. 1. litt. e. und FRANTZKII ad ff. h. t. n. 34. worinnen sie vorgeben wollen, daß solches dem Contract einverleibte Pactum wieder dessen Natur wäre, falsch, und nur auf den Fall eines versprochenen Lohnes, nicht aber von einem honorario zu verstehen, als welches nicht præter naturam contractus mandati, mithin füglich dem contractui mandati hat einverleibet werden können. Ist nichts, oder nichts gewisses versprochen worden, so mag der Mandatarius auch kein honorarium fordern, l. 56. §. pen. ff l. 17. C. h. t. Daferne nicht aus Beschaffenheit des Mandatarii ein anders erhellet, wovon LAVTERBACH Coll. ff. h. t. §. 15. folgendes bemercket: ut si talis sit persona, quæ non solet sine salario operam præstare, sed officium aliquod tanquam arti-

artificium lucri vel potius sustentationis suæ caussa exercet, & tunc petitur extraordinaria persecutione seu imploratione officii judicis nobilis *l. 1. §. 1. §. & 12. l. 4 ff. de extraord. cognit.* ut sunt hodie procuratores judiciales, advocati & similes.

In diesem Contract wird nun hauptsächlich und vornehmlich der Mandatarius verbunden, dasjenige getreulich auszuführen, was ihm anvertrauet worden ist, auch dasjenige, was er occasione dieser erhaltenen Vollmacht empfangen hat, zu restituiren. Minus principaliter wird aber auch der mandans in diesem Contract verbunden, daß er seinen Gevollmächtigten schadloß halte. Zu dem Ende denn aus jener obligatione principali die actio mandati directa, aus dieser aber die actio mandati contraria entspringet.

Es ist aber die actio mandati directa eine actio personalis, die dem Aussteller der Vollmacht wieder den Bevollmächtigten zu dem Ende zustehet, daß er ihm dasjenige währen solle, was er ihm vermöge der aufhabenden Vollmacht zu præstiren schuldig und verbunden. Sie stehet dem Aussteller der Vollmacht und dessen Erben (dafern davon viele sind, jeden pro rata und nach seinem Erbantheile) wieder den Mandatarium und Bevollmächtigten, und dessen Erben zu. Ja des Mandatarii Erben mögen damit in Ausspruch genom-

genommen werden, wenn auch gleich deren Erblasser hierbey einen dolum begangen hat. l. 12. l. 49. ff. de O. & A. Wenn ihrer vielen eine Vollmacht aufgetragen worden, so kann der Mandans zwar einen jeden in solidum deswegen belangen; aber jure novo stehet denselben doch das beneficium divisionis zu, daferne aber nur einer die Sache verwaltet und getrieben, die andern, aber haben nichts dabey gethan, komt das beneficium ordinis zu statten. arg. l. un. C. de div. tut. STRUV. S. J C. Exerc. 22. th. 11. ibique MÜLLER. CARPZ. J. Prud Forens. p. 2. C. 17. def. 13. FROMMANN. disp. de correali obligatione.

Mittelst dieser actionis kann ich nun den Gevollmächtigten, dafern er die Vollmacht noch nicht exequiret, und das ihm aufgetragene negotium noch nicht verrichtet hat, zu dessen Erfüllung anhalten und zwingen. BERGER œcon. jur. Lib. III. Tit. V. th. 37. Und weil der Mandatarius schuldig ist, die ihm aufgetragene Vollmacht rite und legitime zu erfüllen, mithin die Gräntzen seiner Vollmacht nicht zu überschreiten, weil wiedrigenfalls das gantze negotium, wobey er die fines mandati überschritten, in Ansehung des Mandantis oder des Bevollmächtigenden, null und nichtig ist. l. 10. C. de procurat. l. 5. §. 3. & 4. ff. l. 12. C. h. t. so muß der die Gräntzen seiner Vollmacht überschreitende Mandatarius, wenn der Mandans dadurch einen

Schaden hat, nach angestellter actione mandati directa ihm solchen Schaden wiederum ersetzen. Ja wenn derjenige, welcher mit dem Mandatario contrahirt hat, dadurch einigen Schaden erlitten, so muß auch diesen erlittenen Schaden nicht etwa der Mandans, sondern der Mandatarius ersetzen. CARPZ. p. 2. C. 20. def. 12. Dieser casus, daß ein Mandatarius die Gräntzen seiner Vollmacht überschreitet, kann nun füglich in dergleichen Falle geschehen, wenn jemand vor einen andern etwas um eine gewisse Summa z. E. um 100 Thlr. kauffen soll, und er gibt ein mehrers, z. E. 120. Rthlr. davor. Denn in diesen Falle hat er allerdings die Gräntzen seiner Vollmacht überschritten. Dafern er aber die Sache um einen geringern Werth, z. E. um 80 oder 90 Thlr. erkauffet, so hat er die Gräntzen der Vollmacht keinesweges überschritten, weil solches dem mandanti nützlich, und dem mandatario die Sache um einen geringern Preiß auch einzukauffen, zugleich ist aufgetragen worden.

Daferne aber nichts gewisses ist determinirt, noch der Handlung eine gewisse Forme vorgeschrieben, so muß der Bevollmächtigte alles juxta boni viri arbitrium ausführen und verrichten.

Weil ferner der Gevollmächtigte oder Mandatarius auch schuldig ist, allen gebührenden Fleiß und Treue bey Ausführung der Vollmacht

macht anzuwenden, daher denn auch die Dd. alle einmüthig, diligentiam exactissimam von den Bevollmächtigten fordern. l. 13. l. 21. C. h. t. VINNIVS ad §. 11. J. h. t. n. 2. CARPZ. p. 2. C. 20. def. 11. n. 6. HAHN. ad WESENB. h. t. n. 10 FRANTZK. ad ff. h. t. n. 75. STRUV. S. J. C. Exerc. 22. th. 20. ibique MÜLLER, den eintzigen Fall ausgenommen, si negotium tale sit, quod industriam non requirit, veluti fidejussio, nunciatio &c. so folget, daß der Mandatarius auch nothwendig müsse culpam levissimem præstiren. vid. cit. Dd. Jedoch wenn der Mandatarius deswegen, und einer begangenen Fährligkeit halber in Anspruch genommen wird, muß der Mandans nothwendig diese Fahrlosigkeit und culpam des Mandatarii beweisen. MEVIVS p. 8. dec. 35. & p. 9. dec. 87. BRVNNEMANN. ad l. 8. §. 6. ff. h. t.

Mittelst dieser actionis fordert der Aussteller dergleichen Vollmacht auch alles dasjenige, was der Bevollmächtigte in Ansehung der Vollmacht eingehoben und empfangen hat, und ist der Bevollmächtigte dasselbe dem mandanti zu erstatten schuldig, auch in dem Fall, wenn er etwas præter oder contra mandantis voluntatem caussa mandati empfangen hat. l. 10. §. 1. 3. & 8. ff. h. t. FRANTZK. h. t. n. 83. Bonæ fidei enim non congruit, ut de alieno, invito domino, lucrum sentiat, & si tale quid, quod restituere potest & tenetur, non restituit, in

dolo esse dicitur. Daher wenn der Mandatarius hat ein Grund-Stück um 1000 Thlr. kauffen sollen, er erkauffet es aber um 900 Thlr. mithin erhält er von diesen 1000 Thlr. 100 Thlr. zurück; oder er hat ein Hauß um 1000 Thlr. verkauffen sollen, er verkaufft es aber um 1100 Thlr.; mithin profitirt er 100 Thlr. beym Verkauffe; so mag er diese 100 Thlr. in beyden Fällen nicht etwa vor sich behalten, sondern er ist vielmehr schuldig, solche dem Mandanti zu geben; so gar, daß wenn er in mora restitnendi, er dem Aussteller solcher Vollmacht nothwendig die Interessen bezahlen muß. l. 32. §. 2. ff. de usur. l. 20. §. 3. ff. h. t. Ja nicht allein in dem Falle, wenn er eine moram begangen, sondern auch ob culpam muß er die Interessen davon bezahlen, wenn er nemlich das Geld lange bey sich gehabt, und ob er schon Gelegenheit gehabt, es sicher auszulehnen, dennoch solches otieus bey sich liegen lassen. l. 13. §. 1. ff. de usur. Ja wenn der Mandatarius des Mandantis Geld angegriffen, und in seinen Nutzen verwendet hat, muß er dem Mandanti davor die usuras centesimas, oder 12 von Hundert jährlich entrichten und bezahlen, nicht anders, als wie ein Vormund oder anderer Administrator in dergleichen Fällen, da er seines Mündels-Geld in seinen Nutzen verwendet hat, davon 12 pro Cent jährliche Zinssen geben muß. l. 38. ff. de neg. gest. LAUTERB. Coll. ff. h. t. §. 30.

Hat

Hat der *M*andatarius sich in Ansehung der Vollmacht durch die von ihm geschlossene Contracte gewisse actiones erworben, z. E. er hat einen Contract geschlossen, so muß er den *M*andanti die aus solchen Contract erworbene Action nothwendig cediren, und wenn er sich dessen erweigert, kann er dazu mittelst dieser actionis mandati directæ gültiger weise angehalten werden. l. 8. §. 5. & §. fin. l. 43. l. 45. pr. & §. 5. ff. h. t. BACHOV ad TREVTLER. vol. 1. disp. 27. th. 7. lit. 6. MEVIVS p. 2. dec. 95.

Wie nun der *M*andatarius aus diesem Contract gültiger Weise dem *M*andanti verbunden; Letztern auch daher die actio mandati directa wieder den Bevollmächtigten zustehet; also ist hingegen der Bevollmächtigende oder *M*andans dem *M*andatario auch verbunden, ihn schadloß zu halten. Und zu dem Ende stehet ihm wieder den *M*andantem die actio mandati contraria zu, welche eine actio personalis competens mandatario adversus mandantem ad indemnitatem ratione mandati consequendam. Es stehet auch diese actio mandati contraria nicht etwa alleine dem *M*andatario wieder den *M*andantem, sondern auch des *M*andatarii Erben wieder den *M*andantem, und dessen Erben zu. l. 12. §. 7. l. 34. l. 58. pr. ff. h. t.

Und wie der Bevollmächtigte durch diese Klage so viel, daß er von dem *M*andante möchte schadloß gehalten werden, fordert und verlan-

langet, l. 10. §. 9. l. 15. l. 20. ff. h. t. also folget, daß der Mandatarius mittelst dieser Klage alles dasjenige fordert, was er vor den Mandantem ausgeleget, und in Ansehung des ihm aufgetragenen negotii vor Unkosten hat aufwenden müssen. Uberhaupt muß der Mandans dem Mandatario alle Unkosten, die er in Ansehung der ihm aufgetragenen Handlung hat aufwenden müssen, nothwendig wieder ersetzen, wenn dieselben nur bona fide, mandati exequendi causa sind aufgewendet worden. l. 12. § 9. ff. h. t. Man machet auch darauf keine Absicht, daß der Mandatarius mehrere Unkosten aufgewendet, als der Mandans, wenn er die Sache selbst getrieben hätte, aufgewendet haben würde, wenn sie nur bona fide geschehen. l. 27. §. 4. ff. h. t. Ja wenn der Mandatarius gleich das ihm aufgetragene negotium nicht hat völlig zu Stande bringen können, theils weil der Mandans die Vollmacht wiederruffet, oder der Mandatarius aus rechtmäßiger Ursache seine Vollmacht aufgiebet, oder auch der Mandatarius vor Endigung des negotii verstirbt, so muß ihn oder seinen Erben doch dasjenige, was er in Ansehung dieser Vollmacht aufgewendet, und Unkosten gemacht hat, nothwendig bonificirt und gut gethan werden. l. 56. §. fin. ff. h. t. welches auch von dem Falle zu sagen, wenn er gleich das ihm aufgetragene negotium nicht hat glücklich ausführen kön-

können, wenn er nur nicht selbst Schuld daran ist, daß solche seine Handlung keinen glücklichen Ausgang gewonnen, als in welchen Falle seiner culpæ halber er die Unkosten nicht wieder forden mag. *Mandatarius enim non eventum, sed diligentiam præstat, & eventus sine mandatarii culpa existens ipsi imputari nequit.* STRYCK ad LAUTERB. Comp. Jur. h. t. verb. *contrarium exitum.* Ja wenn auch gleich dem *Mandatario* ein Salarium oder Honorarium versprochen, auch bereits gegeben worden ist; mag er doch die aufgewendete Kosten billig wieder fordern, ob es auch schon sumptus personales wären. l. 10 §. 9. ff. h. t. JOH. GARS. de expens. & meliorat. cap. 20. n. 15. Innmaassen denn auch der *Mandatarius* diese Unkosten fordern kann obschon er die Sachen noch nicht vollkommen zu Ende gebracht hat, sondern noch in Begriff ist, selbige ferner fortzusetzen, und zu Ende zu bringen, weil er nicht verbunden, auf die Bezahlung derer bereits aufgewendeten Unkosten so lange zu warten, biß die aufgetragene Sache völlig geendiget. l. 12. §. ff. h. t. LAUTERB. Coll. ff h. t §. 34.

Es muß auch der *Mandans* dem *Mandatario* allen denjenigen Schaden ersetzen, welchen er in Ansehung der ihm aufgetragenen Sache erlitten hat, ob auch schon von Seiten des *Mandantis* nur eine culpa levissima sich ereignet. l. 61. §. 5. ff. de furt. HAHN ad WESENB. h. t.

 n. 10.

n. 10. den casum fortuitum aber ist der *Mandans* dem *Mandatario* zu præstiren nicht schuldig, ob auch schon er denselben bey Execution und Vollziehung des mandati erlitten hat; den eintzigen Fall ausgenommen, ubi damnum illud occasione mandati in rebus necessariis accidit, & alias mandatarius illud passurus non fuisset. l. 26. §. 6. ff. h. t. ibique BRUNNEMANN. FABER in C h. t. def. 29.

Die Art und Weise anlangend, wie eine solche Vollmacht kann wiederruffen und aufgehoben werden, so ist davon folgendes zu gedencken. Erstlich weil gleichwohl ein solcher contractus mandati utriusque voluntate & consensu geschlossen wird, so kann er auch mit beyderseits Einwilligung wieder aufgehoben werden. §. f. J. quib. mod oblig. toll. Ausser dem geschiehet es auch, wenn der Aussteller solcher Vollmacht dieselbe wiederruffet und zurück nimt, denn daß dieses geschehen könne, ist ausser Zweiffel, und kann der *Mandatarius* solches nicht hindern, noch sich darüber beklagen, weil ihm eigentlich nichts daran gelegen, sondern in diesem Contract allein des *Mandantis* Nutzen versirt. Daher STRYK in Not. ad LAUTERB. Comp. Jur. h t. verb. *revocatione* davon folgendermassen schreibet: Nec enim mandans obligatus est, ut quod semel mandavit, perfici patiatur, cum de hujus interesse tantum agatur. Und gehet diese revocation der Vollmacht nicht allein

lein alsdenn an, wenn nemlich noch nichts angefangen worden, sondern auch wenn schon der Bevollmächtigte bereits etwas vorgenommen hat, wiewohl in solchem Falle der *Mandans* ihm die darauf gewendete Unkosten bezahlen, und den *Mandatarium* schadloß halten muß. l. 8. §. 6. ff. h. t. HOPP. ad §. 9. J. h. t.

Und wie der *Mandans* die ausgestellete Vollmacht auch wieder Willen des *Mandatarii* zurücke nehmen kann; also steht auch dem *Mandatario* frey, die Vollmacht auch wieder Willen des *Mandantis* aufzugeben, und zurücke zu geben. Denn obschon sonsten eine bekandte Rechts-Regul ist, daß wie sonst in Anfange es in jedes freyen Willen gestanden, ob er diese Vollmacht über sich nehmen wolle; nachgehends wenn die Vollmacht übernommen, er dieselbe auch ausführen solle. l. 23. §. fin. l 27. §. 2. ff. h. t. so stehet ihm doch frey re integra und tempestive die Vollmacht aufzugeben, aus Ursachen, quia ex mandato tunc demum oritur actio, quando cœpit interesse mandantis. l. 8. §. 6. ff. h. t sed re integra mandantis nihil interest, Ergo &c. wie SCHNEIDEWIN ad §. 9. J. h. t. schreibet. Jedoch wird erfordert, daß solches tempestive und in Zeiten geschehe, und der *Mandans* auch noch so viel Zeit gehabt, einem andern diese Vollmacht von neuen aufzutragen; wiedrigenfalls wenn der *Mandatarius* intempestive und zu langsam renuncirt, dadurch denn dem

Mandanti ein Schaden zuwächset, muß der Mandatarius ihm allen daraus erwachsenen Schaden gut thun. l. 27. §. 2. ff. h. t.

So hört auch die Vollmacht auf durch den Todt des Mandantis, oder wenn der Aussteller der Vollmacht verstirbt, und noch res integra ist. §. 10. J. h. t. l. 26. pr. ff. l. 15. C. h. t. und mag der Bevollmächtigte, so bald er von dem Tode des Mandantis Nachricht hat, nachhero nicht weiter mehr etwas vollziehen und ausführen, noch wenn er nachhero etwas verrichtet, von denen Erben des Mandantis etwas an Unkosten und honorario fordern: er hätte denn nicht gewust, daß der Mandans verstorben, und also dieser Unwissenheit halber in der Sache ferner fortgefahren, und die Sache zu Stande gebracht: denn in solchen Fall mag er auch diese nach dem Tode des Mandantis ergangene, und aufgewendete Unkosten item das Honorarium von denen Erben des Mandantis mittelst der actionis mandati contrariæ gültiger Weise fordern. §. 10. J. h. t. l. 26. pr. l. 58. ff. eod. VINNIUS ad §. 10. J. h. t. STRUV. S. J. C. exerc. 22. th. 14. ibique MÜLLER. stirbt aber der Mandans zu dieser Zeit, da der Mandatarius bereits in der Sache angefangen hat, mithin ist nicht mehr res integra vorhanden, so muß er nothwendig die Sache ferner fortsetzen, und zu Stande bringen. arg. §. 10. J. h. t. l. 15. C. eod. STRUV. S. J. C. ex. 22. th. 16. ibique MÜLLER.

Des-

Desgleichen wenn der *Mandatarius* verstirbt, und ist noch res integra, das ist, es ist in der Sache noch nichts vorgenommen worden, so ist durch solchen Todtes-Fall die Vollmacht erloschen, §. 10. J. h. t. l. 27. §. 3. l. 57. ff. h. t. dergestalt, daß wenn gleich des *Mandatarii* Erben dieses Negotium zu Stande gebracht haben, ihnen dennoch weder die aufgewendeten Unkosten, noch einiges Honorarium gegeben werden darff, noch sie, solches zu fordern, einige Action haben, wiewohl LAUTERB. in Coll. ff. h. t. §. 21. folgende Limitation beyfüget, nisi ex ignorantia Juris crediderint complementum sibi incumbere, denn in solchen Falle wird aus der natürlichen Billigkeit ihnen die actio mandati contraria utilis gegeben. Ist hingegen zur Zeit, da der *Mandatarius* verstirbt, nicht mehr res integra, sondern es hat der *Mandans* vielmehr dasselbe Negotium bereits angefangen, durch den Todt aber ist er solches zu Stande zu bringen, verhindert worden; so müssen des *Mandatarii* Erben solches angefangene Negotium nothwendig folgends zu Stande bringen. arg. l. 20. ff. pro soc. l. 11. C. arbitr. tut. HOPPIUS ad §. 10. J. h. t. welcher aber folgende Limitation beyfüget: modo tamen idonei sint.

TIT.

TIT. XXVIII.

De

OBLIGATIONIBUS QUÆ QUASI EX CONTRACTU NASCUNTUR.

Vom 14. Titul dieses Buches an, biß hieher ist Zeithero von denen Contracten die Rede gewesen. Nunmehro führet uns der Imperator auch zu denen quasi Contractibus. Es heissen aber dieses Quasi Contractus qui ex ficto, & a Lege ex facto aliquo *præsumto* consensu efficacem producunt obligationem, oder wenn die beyden Personen nicht etwan sich deutlich und nahmentlich gegen einander zu etwas verbündlich gemachet haben, sondern vielmehr die Verbündlichkeit aus einer unternommenen Handlung herrühret, welche soviel würcket, daß die Rechte vermuthen, wenn der andere dieses gewust hätte, so würde er nahmentlich und deutlich sich darzu verbündlich gemachet haben.

Anlangend nun, die Arten, und wie vielerley Quasi Contractus gefunden werden, so seyn es folgende. Erstlich negotiorum gestio, zum andern Tutelæ administratio. Vors dritte Communio, vors vierte Hæreditatis communio,

nio, vors fünffte Aditio Hæreditatis; vors sechste Conducti indebiti. Von allen diesen Arten soll nunmehro kürtzlich gehandelt werden.

Anlangend nun der negotiorum gestionem, ist selbige ein Quasi Contractus, wo ich nehmlich ohne darzuerhaltenen Vollmacht einen andern seine Geschäffte verwalte und führe. Anfänglich fande diese negotiorum gestio nur bey denen Abwesenden statt, und war selbige denen Abwesenden zu gute eingeführet, mithin wenn jemand eines Anwesenden seine Affairen verwaltete, obschon derselbe davon nichts wuste, war dieses keine Negotiorum gestio. Heut zu Tage aber ist es ausgemacht, daß man auch eines Anwesenden seine Geschäffte und Affairen verwalten könne, wenn dasselbe nur ihm unwissende geschiehet, und ist es schon genug ut vel absit, vel geri ignoret. l. 19. §. 2. l. 41. ff. de neg. gest. Daher denn Hoppius in Comment. ad Instit. h. t. §. 1. folgende Regul zum Grunde setzet. Quotiescunque vel ignorantis, vel absentis negotia geruntur, toties actio negotiorum gestorum locum habet. Gestalt denn auch Lauterbach in Tit. ff. de Neg. gest. §. 8. davon folgendermassen schreibet. Hinc si quis furiosi, prodigi, pupilli præsentis sine Curatore gerat negotia, ex hoc quasi Contractu illos obligatos habet. Et regula in l. 6. §. 2. l. 18. ff. mand. l. 60. ff. de R. J. qui tacet, consentire videtur,

detur, sive, qui patitur, præsens ab alio sua geri negotia, mandare videtur, tunc demum procedit, si præsens etiam expresse mandare & consentire possit, vel scientia mandatum inducat. Præsentia igitur hunc quasi Contractum non impedit, modo adsit ignorantia; nec scientia, modo absens sit. Unde ignorantia hujus negotii differentia specifica dici nequit, alternative enim sufficit ignorantia vel absentia.

Es præsupponiret also dieser Contractus dieses, daß ich eines Abwesenden, oder eines zwar Anwesenden, davon aber nichts wissenden, seine Affairen verwalte und expedire. Mithin werden auch negotia aliena hierzu billig erfordert. Darbey denn die Frage billig auffgeworffen wird, ob in dem Falle, quando proprium gero negotium, quod alienum credo, dieser Quasi Contractus statt finde? Worauf denn mit grossen Grunde zu sagen, daß in diesem Fall, kein Quasi Contractus vorhanden aus Uhrsachen quia veritati cedit opinio l. 6. §. 4. ff. h. t. Hingegen wenn einer ein negotium commune verwaltet, und führet, in denselben Falle machet man einen Unterscheid, ob derjenige, der dieses Negotium geführet, und verwaltet hat, seinen Antheil hat besonders administriren und verwalten können, oder nicht. Im ersten Falle findet die actio negotiorum gestorum allerdings statt, aus Uhrsachen quia

neces-

necesse non habuit, ad negotium alienum accedere sed sponte id fecit, im letztem Falle aber ist kein Quasi Contractus vorhanden, noch mag derselbe die actionem negotiorum gestorum anstellen, vielmehr hat er die actionem communi dividundo oder familiæ arciscundæ l. 40. ff. h. t. l. 6. §. 2. & ff. comm. divid. BRVNNEM. ad l. 3. C. h. t. STRYCK. in Not. ad LAVTERB. Comp. Jur. Tit. de Neg. gest. verb. Communia.

Noch weiter wenn ich eines andern seine Affairen verwalte, ich halte davor, daß solches Titii wäre, hingegen in der That verrichte ich Sempronii seine Geschäffte, in solchen Falle ist allerdings ein Quasi Contractus vorhanden, und bin ich befugt wieder Sempronium die actionem negotiorum gestorum anzustellen, aus Uhrsachen quia opinio cedit veritati l. 5. §. 1. ff. h. t. VOETIVS ad Tit. ff. de Neg. gest. §. 12.

Ferner wenn ich in denen Gedancken stehe, es wäre diese Sache und Affaire mir zugehörig, und ich verrichte solche Affaire, es ist aber in der That ein negotium alienum, so habe ich zwar stricto jure keine Actionem wieder denjenigen, dessen Geschäffte ich verwaltet habe, weil aber doch ipso facto des andern sein Nutzen dadurch ist befördert worden, so erfordert die natürliche Billigkeit selbst, daß mir die actio negotiorum gestorum utilis zustehen müsse, daferne ich nur bona fide diese Sache verwaltet und geführet habe. Bin ich aber in ma-

læ fide gewesen, so bin ich zwar dem Eigenthums-Herren in solidum verbunden und gehalten, ich selbst aber habe wieder den andern, dessen Negotia ich geführet und verwaltet habe nur in so weit eine Action wieder denselben, in quantum Dominus locupletior fuit factus; d. l. 6. §. 3. ff. h. t. VOETIUS ad ff. h. t. n. 13. STRYCK in Not. ad LAUTERB. Comp. Jur. h. t. verb. TANQUAM SUA.

Die Differentia Specifica dieses Quasi Contractus bestehet also darinnen, daß ich eines andern seine Geschäffte und Affairen verwalte, ohne daß ich darzu eine Vollmacht erhalten, ob auch schon derjenige, dessen negotia ich gerire, nicht abwesend sondern zugegen gewesen, modo non censeatur mandasse · quod contingit, si sciens prohibere possit, v. g. si præsens in actu fuerit. Daher aber entstehet nun die Frage, wenn derjenige, dessen Geschäffte ich verwalte, solches ratihabiret und genehmhalt, ob in diesen Falle auch der Quasi Contractus Negotiorum Gastio oder aber der Contractus *Mandati* vorhanden sey? Da denn ein Unterscheid zu machen, ob zu der Zeit da des Eigenthums-Herren Ratihabition und Genehmhaltung darzu gekommen ist, das negotium dessen der andere sich unterzogen hat, bereits vollkommen fertig und zu Enbe gebracht, oder aber noch nicht. Im ersten Falle bleibet es ein Quasi Contractus, und stehet demselben die actio nego-

negotiorum gestorum mit allen Rechte zu. l. 9. C. h. t STRYCK Us. Mod. ff. h. t. §. 3. Da hingegen im letztem Falle dieses nunmehro zu einem *Mandato* geworden, und solchergestalt ihm nicht die actio negotiorum gestorum, vielmehr die actio mandati zustehet. l. f. C. ad SCtum Macedon. l. 60. ff. de R. J. FRANTZK ad ff. h. t. n. 13. VOETIVS ad ff. h. t. §. 14. worvon LAVTERBACH in Coll. ff. h. t. §. 10. folgende Ursache anführet: quia tunc gestionis causa est *Mandatum* superveniens, illo casu, actio semel acquisita non mutatur, perfecto enim negotio gestor statim habet hanc negotiorum gestorum actionem.

Wenn nun jemand solchergestalt eines andern seine Geschäffte und Affairen verwaltet hat, so werden beyde Theile einander dadurch verbunden. Und zwar wird derjenige, welcher eines andern Affairen und Negotia verwaltet darzu verbunden, daß er alles und jedes treulich sorgfältig, gleich als ob es seine eigene Sache wäre, thue verrichte und besorge, auch solche angefangene Sache zu Ende bringe, wenn auch schon derjenige vor den er dieses geführet und verrichtet hat, inmittelst vor Ausgang der Sache versterben sollte, auch dem Eigenthums-Herren von seiner geführten Verwaltung Rechnung ablege, hingegen der andere dessen Negotia und Affeiren er verwaltet hat, ihm allen Schaden und Unkosten erstatte und er-

ersetze. Also sind beyde Personen einander aus diesen Quasi Contractu verbunden, und entstehet hieraus die Actio negotiorum gestorum, sowohl directa als Contraria.

Betreffend die actionem negotiorum gestorum directam, stehet dieselbe den Eigenthums-Herren oder demjenigen, dessen Affairen ich verwaltet habe, wieder mich als negotiorum gestorem zu, mittelst dessen er von mir begehret, ich sollte ihm Rechnung von meiner geführten Administration und etwan eingehobenen Geldern oder Sachen ablegen, solche ihm ausantworten, auch den Schaden, den ich ihm entweder betrüglicher Weise oder aber durch meine Schuld und Versehen zugefüget habe, ersetzen und erstatten. §. 1. J. h. t. l. 2. l. 6. §. fin. ff. eod. l. 8. §. 1. ff. eod.

Weil nun also der Negotiorum gestor schuldig ist, bey seiner übernommenen Verwaltung allen Fleiß und Mühe anzuwenden, und widrigenfalles wenn er hierinnen eine Nach- und Fahrläßigkeit begehet, dem Eigenthums-Herren allen ihm dadurch erwachsenen Schaden zu ersetzen, so fragt es sich, was er denn vor eine culpam præstiren müsse? Da denn nicht anders nach dem puncto juris, und jure stricto zu sagen, als daß der Negotiorum gestor culpam levissimam zu præstiren schuldig sey. Culpa enim est se immiscere negotio, ad se non pertinenti. Ergo hoc vel omittendum, vel

vel diligentiſſime expediendum. *l. 24. C. de uſur. l. 25. §. 16. ff. fumil. erciſc* BRUNNEM *ad l. 20. C. h. t.* STRUV. *S. J. C. Exerc. 7. th. 50.* SCHILTER *in Prax. Jur. Rom. Exerc. ad ff. 10. th. 67.* VOETIUS *ad ff. h. t. §. 4.* BOEHMER *ad ff. h. t. n. 4.* SCHOEPFER *ad ff. h. t. n. 16. ſqq.* PAGENSTECHER *ſicilim. ad* LAUTERB *Comp. Jur. h. t. Manip. 3. p. 40. 41.* Hingegen iſt der Negotiorum geſtor vor den caſum fortuitum zu ſtehen ordentlicher Weiſe nicht verbunden, es wäre denn daß der Negotiorum geſtor nicht ſo wohl des Eigenthums-Herrens Nutzen, als vielmehr ſeinen eigenen Nutzen intendiret habe. l. 6. §. 3. ff. h. t. oder aber, in dem Falle, quando ratio geſtionem diſſvadeat. Z. E. ſi inſolitum negotium geſſerit, quod Dominus geſturus non erat. l. 1. ff. eod. VOETIUS ad ff. h. t. §. 5. als in welchen Fällen der negotiorum geſtor auch ſchuldig iſt, vor den Caſum fortuitum zu ſtehen, und den daraus erwachſenen Schaden dem Eigenthums Herren zu erſetzen. Auſſer dieſen Fällen aber iſt er nicht ſchuldig, den durch einen Unglücks-Fall erwachſenen Schaden dem Eigenthums-Herren zu erſetzen.

Hat aber der Negotiorum geſtor hierbey ein Verſehen Schuld und Nachläßigkeit begaugen, ſo muß er dem Eigenthums-Herren und deſſen negotia er gerirt hat, allen ihm daraus erwachſenen Schaden nothwendig erſetzen. Auſſer dem muß derſelbe auch alles

Qq 2 das-

dasjenige, was in Ansehnng seiner unternommenen gestionis er erhoben hat, dem Eigenthums-Herren nothwendig herausgeben, so gar, daß wenn er vor dem Eigenthums-Herren etwas indebite erhoben hat, er dasselbe ebenfalls ihm erstatten muß. l. 8. §. 1. l. 23. ff. h. t. l. 38. in f. ff. h. t. Ja nicht allein diese Sache selbsten, sondern auch wenn er davon Interessen und Zinsen eingehoben hat, oder sonst hätte erheben können, muß er ihm bezahlen. STRYCK. Tr. de act. investig. Sect. I. membr. 9. §. 6. Daher wenn der Negotiorum gestor vor ihn Geld erhoben und empfangen, er lässet dasselbe aber in dem Kasten otieus liegen, so muß er, weil er solches nicht ausgelehnet, sondern dergestalt unnutzbahr liegen lassen, nothwendig dem Eigenthums-Herren davon, dessen negotia er geriret hat, die Interessen, und Zinsen davon bezahlen, weil ihm obgelegen hätte, das Geld nicht müßig liegen zu lassen, sondern vielmehr sicher zinßbahr auszulehnen l. 19. §. 14. l. 31 §. 3. l. 37. §. 1. ff. h. t. Den Fall ausgenommen, wenn der Eigenthums-Herr selbst nicht gewohnt ist, Geld auf Zinsen auszulehnen, als in welchen Falle der Negotiorum gestor, wenn er die erhobenen Gelder nicht hat zinßbar ausgelehnet nicht schuldig ist, davon Zinse und Interesse zu bezahlen. l. 13. §. 1. ff. de usur. l. 12. ff. de pignor. act. LAUTERB. Coll. ff. h. t. §. 20.

Hat

Hat der Negotiorum gestor in Abwesenheit des Eigenthums-Herren, dessen Affairen verwaltet und administriret, er ist aber des Abwesenden sein Schuldner, so muß er die Interessen von dem Capital so er erborget hat, bezahlen, und in die Rechnung bringen, widrigenfalls muß er von dem Capital Interessen oder Zinse geben, wenn ihm gleich das Capital ohne Verzinsung gelehnet worden. l. 6. §. 5. l. 38. ff. t. de Neg. gest. Ja wenn der Negotiorum gestor vor den Eigenthums-Herren Gelder erhoben, diese aber angegriffen, muß er demselben von solchen Gelde 12 pro Cent. : oder 12 Thaler von 100 so usuræ Centesimæ heissen bezahlen, l. 38. ff. de Neg. gest. STRUV S. J. C. Exerc. 7. th. 50. ibique MÜLLER. VOETIUS ad ff. h. t. n. 3. wiewohl STRYCK in Not. ad LAUTERB. Comp. Jur. Tit. de Neg. gest. verb. *Maximas* vorgiebt, daß heut zu Tage dieses nicht mehr statt finde, vielmehr der Negotiorum gestor in solchen Falle zu was weitern nicht, als zu Erlegung derer ordentlichen Zinsen anzuhalten wäre, behauptet.

Um nun aber auf die actionem negotiorum gestorum contrariam zu kommen, so stehet dieselbe dem Negotiorum gestori, und dessen Erben, wieder denjenigen, dessen Geschäffte er verwaltet hat, und seine Erben zu, und zwar zu dem Ende, daß ihn der Eigenthums-Herr in Ansehung der geführten Verwaltung und

des negotii gesti, schadloß halten solle l. 2. in fin. & l. 19. §. pen. ff. de neg. gest, und zwar erfordert solches die natürliche Billigkeit selbsten, als welche nicht verstattet, daß jemanden sein Amt selber schädlich seyn. l. 7. ff. Testam. quemadm. oper. Also wenn der Negotiorum gestor bey geschehener und geführter Verwaltung hat Unkosten auffwenden müssen, muß ihm der Eigenthums-Herr, in dessen Affairen solche Unkosten sind aufgewendet worden, solche mittelst dieser actionis contrariæ wieder erstatten und bezahlen l. 2. in fin. ff. de neg. gest. Wiewohl dieses allein die impensas necessarias und utiles, d. i. auf diejenigen Unkosten, welche unentbehrlich nothwendig haben auffgewendet werden müssen, oder welche sonst nützlich gewesen sind, zu ziehen ist. l. 45. pr. ff. de negot. gest. mithin ist dieses auf die impensas voluptarias die nicht unentbehrlich nothwendig noch nützlich verwendet worden, nicht zu ziehen, als z. E. wenn der Negotiorum gestor einen schönen Lust-Garten angeleget, oder ein nettes Sommer-Hauß aufgebauet, u. d. gl. Denn solche Unkosten darff der Eigenthums-Herr dem Negotiorum gestori nicht wieder erstatten, l. 27. in fin. pr. ff. eod. worvon dieses die Ursache quia non debet dominus ex eo onerari, quod ipse facturus non esset. *l. 3. §. 4. ff. in re in vers.* VOETIUS *ad tit. ff. de neg. gest. §. 9.* HOPPIUS *ad §. 1. J. h. t.* Sonst wenn es impensæ ne-

ces-

cessariæ und utiles sind, so müssen solche nicht allein, sondern auch die Zinsen davon, dem Negotiorum gestori billig wieder erstattet werden. l. 19. §. 4. ff. l. 18. C de Neg. gest. STRUV S. J. C. Exerc. 27. th. 51. welches auch von dem Falle zu sagen, wenn solches gleich keinen glücklichen Ausgang genommen hat. Z. E. es entstehet ein Feuer, ein anderer räumet seines abwesenden guten Freundes, dem das Feuer nahe ist, seine Sachen aus, und in ein vermeyntlich sicheres Gewölbe, darzu muß er Unkosten anwenden, und Leute bezahlen, es fügt sich, daß auch das Hauß und Gewölbe, wohin er dieselbe Sachen geflüchtet hat, ausbrennet, in demselben Falle mag der Eigenthums-Herr sich der Erstattung derer darauff verwendeten Unkosten nicht entbrechen, weil gleichwohl seine Sachen verbrandt, mithin er daraus keinen Nutzen erhalten, und es ihm einerley gewesen ob dieselben Sachen in seinen Hause, oder anders wo verbranndt wären, aus Ursachen, weil niemanden der eventus beygemessen werden mag, auch bekannt, quod utilitas non ex eventu, sed ex causa, an illa probabilis fuerit, æstimatur *l. 10. in f. ff. de neg. gest. l. 23 in fin. ff. de R. J.* LAUTERB. *Exerc. 11. Concl. For. 15.* HOPP. *ad §. J. h. t.* BERGER œcon. Jur. Lib. 3. Tit. VI. §. 1. not. 4.

Der andere Quasi Contractus ist die Tutelæ administratio weil aber davon schon im ersten

sten Buche weitläufftig ist gehandelt worden. wird sich hierauf beruffen.

Der dritte Quasi Contractus est die communio rerum singularium, oder wenn nemlich ihrer 2 oder 3 mit einander in Gemeinschafft einiger Sachen, (die sie nicht etwa als Erben, denn in solchen Falle gehöret es zu folgendem Quasi Contractu, sondern vielmehr alio Titulo. Z. E. es ist ihnen beyderseits ein gewisses Grund-Stücke vermacht, geschencket worden, auch nicht als Socii da sie nehmlich in Ansehung dieser Sache einen gewissen Societäts-Contract auffgerichtet haben besitzen) stehen. Bey solcher Communione seyn nun alle die in solcher Gemeinschafft mit einander lebende Personen gegen viel andre verbündlich, und zwar, diese Sache mit einander zu theilen, den Nutzen mit einander zu theilen, und die auffgewendeten nöthigen und nützlichen Unkosten, sowohl auch den erlittenen Schaden zu erstatten und zu übertragen. l. 1. l. 4. §. 3. ff. comm. divid. BERGER œcon. Jur. Lib. III. Tit. VI. §. 3. STRUV. J. Prud. Rom. Germ. Forens Lib. 3. Tit. 18. §. 10.

Hieraus entstehet nun die actio communi dividundo, qua inter socios agitur de rebus, præter hæreditatem & societatem communibus, dividendis, & præstandis iis, quæ ipsi sibi invicem earum nomine præstare tenentur. *l. 3. pr. ff. comm.*

ff. comm. divid. LAUTERB. *Coll. ff. Tit. comm. divid.* §. 1. VOETIUS *ff. eod. Tit.* §. 1.

Es ist aber diese actio communi dividundo zweyerley theils directa, theils utilis. Erstere stehet denenjenigen zu, welche eine rem singularem oder einzele Sache (zum Unterscheide einer gantzen Erbschafft, als die eine res universalis genennet wird und zu folgenden Quasi Contractu gehöret) gemeinschafftlich und zwar als ihr Eigenthum mit einander besitzen. l. 4. pr. ff. comm. divid. Die andere actionem utilem betreffende, ist es diejenige, quæ datus illis, qui rem incorporalem, aut corporalem quidem, sed non jure dominii, verum alia juris in re specie; v. g. *jure pignoris* oder jure dominii utilis, communem habent. HOPP *ad* §. 3. *J. h. t.* LAUTERB. *Coll. ff. Tit. communi dividundo* §. 3.

Die causa impulsiva dieser actionis gründet sich sowohl auf die öffentliche als gemeine Wohlfahrt, damit nehmlich die Republic nicht möchte durch derer Privat-Personen ihre aus solcher Gemeinschafft entstehende Streitigkeiten verletzet worden. l. 77. §. 2. ff. de leg. 2. l. 2. C. quando & quib. quartæ pars. Denn im l. fin. C. comm. divid. enthalten, daß niemand wieder seinen Willen möchte gezwungen werden, mit einem andern in Gemeinschafft stehen zu bleiben, dergestalt daß auch nicht einmahl ein wiedriger Vergleich, mittelst dessen die in

Gemeinschafft stehende Personen sich mit einander verbündlich gemachet, beständig mit einander in Gemeinschafft dieser Sache stehen zu bleiben, gültig ist, vielmehr einer von diesen Personen dieses Pacti ungeachtet, auch wieder Willen des andern von der Gemeinschafft abgehen kan. l. 14. §. 2. ff. comm. divid. wiewohl dieses nur von einem solchen Vergleiche zu verstehen, wo nemlich zwey in Gemeinschafft mit einander stehende Personen sich verbündlich gemachet haben, beständig und Zeit Lebens in solcher Gemeinschafft mit einander zu verbleiben, nicht aber, wo sie ein Pactum mit einander getroffen, nur auf einige Jahre mit einander in Gemeinschafft zu verharren und zu bleiben. Denn dieses Pactum ist gültig, und verbündet beyde Personen, daß sie vor Ablauff dieser Frist wieder des andern Willen nicht mögen von der Communione und Gemeinschafft abgehen, daferne nicht eine erhebliche Ursache der Abtretung aus der Gemeinschafft möchte bewiesen werden. Denn wenn dergleichen erhebliche Ursache vorhanden, mag auch des pacti ungeachtet einer aus der Gemeinschafft abtreten und gehen. Ist aber dergleichen erhebliche Ursache nicht vorhanden, so mag zwar dieses Pactum nicht so viel würcken, daß er mit Gewalt in der Gemeinschafft zu bleiben genöthiget würde, sondern er kan vielmehr des Pacti ungeachtet, davon

von wieder abgehen, allein er muß in solchen Falle doch denn andern das Interesse bezahlen und erlegen, l. 14. ff. pro socio MEVIUS p. 9. Decis. 157. STRYCK in us. Mod. ff. Tit. comm. divid. §. 4. & 5. MOLLENBECC. Disp. de renunciatione divisionis in communione. Eben dieses ist auch von dem Falle zu sagen, wenn der Testator zweyen Personen einen fundum vermachet, darbey aber daß sie solchen beständig in Gemeinschafft mit einander besitzen sollten disponiret hat, als in welchen Falle dieser Disposition ungeachtet der eine auch wieder Willen des andern von der Gemeinschafft abgehen mag WESENBEC Cons. 151. n. 6. & 9. PEREGRIN. de fideicomm. Art. XI. n. 80. STRYK in us. Mod. ff. Tit. Communi dividundo §. 4.

Mittelst dieser Actionis fordert nun der eine von dem andern 1) daß diejenige Sache, welche sie Zeithero mit einander gemeinschafftlich besessen gehabt, nunmehro getheilet werde 2) wenn nicht währender Communion einiger Profit und Nutzen erworben, selbiger ebenfalls zwischen einander getheilet werde. l. 3. pr. & l. 4. §. pen. ff. de comm. divid. Ja 3) wenn der eine von denenselben der gemeinschafftlichen Sache, entweder vorsetzlich oder durch sein Verschulden, und zwar culpa lata oder levi nicht in abstracto sondern in concreto genommen, Schaden zugefüget, kan er von dem andern mittelst dieser Actionis angehalten wer-

de,

den, solchen Schaden zuersetzen. l. 20. ff. eod. Daß er aber nur culpam levem in concreto, und nicht in abstracto consideratam præstiren müsse, dasselbe geschiehet um deß Willen, quia alter sociorum in re, pro parte propria hic versatur. *arg. l. 25. §. 16. ff. Famil. excisc.* Hopp. *ad §. 3. ff. h. t.* add. Struv S. J. C. Exerc. 15. th. 25. ibique Müller.

Ich kan auch mittelst dieser Actionis communi dividundo alle die auf die gemeinschafftliche Sache verwendete Unkosten wieder fordern. l. 4. §. 3. l. 6. §. 1. ff. comm. divid. Jedoch musten diese Unkosten nach der Zeit erst auffgewendet worden seyn, nachdem diese Sache ist gemeinschafftlich worden. Denn wenn ich Anno 1712. auf diese Sache Unkosten verwendet habe, Anno 1720. wird mir und Titio solche Sache von dem Eigenthums-Herren geschencket, oder aber vermachet, so mag ich von Titio solche Anno 1712. auf diese Sache verwendete Unkosten nicht wieder fordern, weil zu derselben Zeit diese Sache noch nicht eine gemeinschafftliche Sache gewesen, mithin Titium diese Unkosten gar nichts angehen l. 4. §. 3. ff. comm. divid. So wird auch 2) erfordert, daß diese Unkosten animo socium obligandi i. e. a scientibus tanquam in rem communem, verwendet werden. Daher denn Lauterbach Coll. ff. Tit. Comm. divid. §. 13. also schreibet. Nam si quis fecerit illas tanquam in

rem

rem ſuam, hæc actio locum non habet *l. 29. pr. in f. ff. comm.* divid. Jedoch hat in dieſen letzten Falle derſelbe das jus retentionis ſo lange, biß ihm dieſe Unkoſten ſind reſtituiret worden. l. 14. §. 1. ff. eod Daferne er aber nicht mehr die Poſſeſs davon hat, mithin ſich auch des juris retentionis nicht gebrauchen kan, ſo ſetzet ihm doch ex æquitate die utilis actio negotiorum geſtorum zu. l. 6. §. 3. l. fin. ff. de neg, geſt. Zum 3) wird auch erfordert, ut ipſe ſuam partem non ſeparatim potuerit adminiſtrare, ſed ex neceſſitate in res communes expenſas fecerit, oder daß er ſeinen Antheil nicht habe abſonderlich verwalten können, vielmehr aus Nothwendigkeit auch den andern Theil zu gleich mit verwalten, und darauf Unkoſten verwenden müſſen. Denn wiedrigenfalles ſtehet ihm die actio negotiorum geſtorum zu: l 6. §. 2. & 7. ff. comm. divid. l. 40. ff. de neg. geſt. Schlüßlich und vors 5) muß er dieſe Unkoſten auch nicht wieder Willen des andern auffwenden, weil in einer gemeinſchafftlichen Sache keiner von denen Eigenthums-Herren etwas wieder Willen des andern gültiger Weiſe unternehmen kan and ſonſt bekandt, quod in re pari potior ſit cauſa prohibentis, adeo ut nec majoris partis conſenſus præferatur, vielmehr wenn ihrer 4. einwilligen, zwey aber wiederſprechen, dieſer zweyen wieder Wille denen andern vorgezogen werde, und die andern dieſe Unkoſten

nicht

nicht mögen auffwenden, dergestalt, daß wenn sie dieser Protestation ungeachtet sothane Unkosten auffgewendet, letztere zwey denen ersten vieren solchen Unkosten nicht dörffen wieder erstatten. arg. l. f. C. de Neg. gest. l. 28. ff. comm. divid. LYNKER. Resp. 134. VOETIUS ad ff. Tit. Comm. divid. §. 7. LAUTERB. Coll. ff. l. c. §. 13. Denn eintzigen Fall ausgenommen, wenn diese Unkosten nöthig, und dasselbe, was der andere verbiethet, unumgänglich nothwendig vorgenommen werden muß, gestalt in diesen Fall auch solche Unkosten wieder erstattet werden müssen. Schließlich ist in Ansehung derer Unkosten zugedencken, daß allein die necessariæ und utiles, keinesweges aber die voluptuariæ mögen wieder gefordert werden.

Und weil nun diese actio communi dividundo hauptsächlich auf die Theilung der gemeinschafftlichen Sachen abgehet. So komt es hauptsächlich darauf an, daß wenn die Sache so beschaffen, daß sie füglich getheilet werden kan, einen jeden sein Antheil herausgegeben, oder angewiesen werde. Und kan diese Theilung nach eigenen Gefallen, oder auch durch das Loß geschehen. Kan aber die Sache entweder gar nicht, oder doch sehr schwer getheilet werden, dergestalt, daß der abgesonderte Theil keinen solchen Nutzen bringen würde, als wenn er bey dem andern verbliebe, und einer, oder auch wohl alle beyde daraus einen

einen Schaden leiden würde, so muß diese Sache einen alleine zugeschlagen werden, dieser aber muß nach vorhergegangener Taxation nothwendig dem andern seinen Antheil an baaren Gelde heraus geben. Da denn derjenige in Besitz der gemeinschafftlichen Sache dem andern vorgezogen wird, welcher den grösten Antheil daran hat. l. 34. §. 2. C. de Donat. Können diese aber in Ansehung des Kauff Pretii nicht mit einander übereinkommen, so müssen sie mit einander licitiren, da denn derjenige, welcher das meiste biethet, die Sache adjudicirt bekömt. l. 1. C. comm. divid. Mevius p. 2. Decis. 21. Wie denn auch hierbey noch dieses zu sagen, daß wenn der eine ein nicht genugsames, und nach dem Werthe der Sache eingerichtetes Licitum oder Geboth thut, der andere aber ist Armuth halber nicht im Stande ein würdiges, nach dem waaren werth sich richtendes Gebot zu thun, so mag auch ein Extraneus gültiger Weise zum Licitiren zugelassen, auch daferne er mehr als der andere Socius bietet, ihm vor jenen die Sache adjudiciret werden. l. 3. C. comm. divid. ibique Brunnemann. Scharff. p. 3. Cons. 75. Daferne aber der eine Socius sich dem Extraneo gleich setzet, und eben soviel als der Extraneus gebothen hat, geben will, der Extraneus überbiethet ihn nicht mehr, so wird der Socius dem Extraneo nothwendig vorgezogen. l. 3. C. eod.

l. 34.

l. 34. C. de Donat. STRUVII S. J. C. Exerc. 15. th. 24. ibique MÜLLER. GRASS. Disp. de jure Condominii territor. Cap. 1. §. 11.

Der vierte Quasi Contractus ist Hæreditatis Communio, oder wenn einige eine Erbschafft mit einander noch gemeinschafftlich und und ungetheilt besitzen. Denn in solchen Falle seyn diese Neben-Erben einander ex Quasi Contractu verbunden, erstlich die Erbschafft mit einander nebst denen Nutzungen und Schäden zu theilen, und da einer die Erbschafft verwaltet und Unkosten auffgewendet, muß ihm der andere die auffgewendeten Unkosten nach seinem Antheil wieder erstatten, und daferne der eine Erbe bey seiner Administration Schaden zugefüget hat, dem andern solchen nach dessen Antheil bezahlen.

Aus diesem Quasi Contractu entstehet nun die actio hæreditatis dividendæ, oder wie sie sonst mit dem Termino Technico benahmet wird das judicium familiæ exciscundæ, qua inter cohæredes agitur de rebus communibus hæreditariis dividendis, & præstandis iis, quæ ipsi sibi invicem earum nomine præstare tenentur. *vid.* LAUTERB. *Coll. ff. Tit. Famil. excisc. §. 1.*

Sothane Klage stehet nun denen Neben-Erben wieder ihre andere Neben-Erben zu l. 1. pr. l. 36. l. 49. ff. fam. excisc. Woraus denn von sich selbst erfolgt, daß diese Klage wieder diejenigen nicht statt finde, welche keine

Neben-

Neben-Erben sind l. 36. ff. eod. VOETIVS ad ff. eod. §. 9. STRUV. S. J. C. Exercit. 15. th. 6. ibique MÜLLER. Daher wenn der beklagte Neben-Erbe Excipiendo negiret, daß Kläger Erbe wäre, so wird zwar nicht so gleich, als WESENBECIVS in Paratitl. ad ff. Tit. Famil. excisc. und mit ihm HAHNIVS in Not. vorgeben wollen, die Kläger mit seinen Suchen abgewiesen, sondern man machet einen Unterscheid, ob derselbe Kläger und Provocant einen Antheil von der Erbschafft besitze oder nicht; Im ersten Falle, findet dieses nicht statt, er wird nicht von diesem Judicio abgewiesen, sondern dieser vorgeschützten Exception ungeachtet gehet er mit seiner Klage immer fort, und wird dabey zugleich die Frage, ob er würcklich ein rechter Neben-Erbe sey, darinnen bewiesen und ventiliret. Und findet dieses alles deßwegen statt, quia possessor ordinarie ab omni onere probandi est immunis. Im andern Falle hingegen wird dieses Judicium so lange suspendiret, biß Kläger, daß er ein wahrer Neben-Erbe sey, zuförderst bewiesen hat. l. 1. §. 1. ff. fam. excisc. FRANTZKIVS ad ff. Tit. fam. excisc. n. 10. STRUV S. J. C. Exerc. 15. th. 5. ibique MÜLLER. HARPRECHT Resp. 79. n. 32.

Sonst wenn einer nur würcklicher Erbe ist, so findet diese Klage allerdings statt, ob auch schon der Kläger nicht in Besitz derer Erbschaffts Sachen stehet, wenn nur erhellet daß er

er würcklicher Erbe sey? So findet diese Klage auch statt, ob auch schon die andern Neben-Erben noch allerseits länger in der Gemeinschafft mit einander verbleiben wollen, weil nach Innhalt des l. f. C. comm. divid. niemand wieder seinen Willen mag gezwungen werden, in der Gemeinschafft zu verbleiben. Ja es findet diese Provocation zur Erbsonderung auch statt, wenn auch schon der Neben-Erbe noch minorenn ist. Denn obschon sonst derer Minorennen ihre unbewegliche Sachen andergestalt nicht als wenn dringende Schulden vorhanden, die Sachen von der Obrigkeit reifflich untersuchet, und das Decretum der Obrigkeit ertheilet worden, veräusert werden können, so mag doch dieses auf den Fall nicht gezogen werden, wenn ein Majorenner auf die Erbsonderung provociret, als in welchen Falle, auch bey nicht dringenden Schulden, ohne Untersuchung und Decret der Obrigkeit ja ohne vorhergegangene Subhastation die Erbsonderung billig vorgenommen werden muß PHILIPPI de subhastat. c. 2. comm. 2. n. 96. STRYCK in Not. ad LAUTERB. Comp. Jur. Tit. fam. excisc. verb. *Minori*. So wird einer auf die Erbsonderung zu provociren auch nicht abgehalten, wenn gleich einer oder etliche von denen Neben-Erben nicht zu gegen, sondern abwesend sind. Jedoch soll in diesen Falle die Erbsonderung gültig seyn, und nicht nachhero als null und

und nichtig angefochten werden können, muß der auf die Erbsonderung dringende Theil, die Obrigkeit desselben Ortes, wo die Erbschafft ist ersuchen, daß sie denen Abwesenden gewisse Curatores absentum setze, welche sodann der Erbsonderung statt derer Abwesenden beywohne, denn wenn solches geschehen, könt ihnen weiter nichts, als daferne sie eine Læsion beweisen können, die restitutio in integrum zu statten. Ist ihnen hingegen kein Curator gesetzet worden, ist die gantze Erbsonderung null und nichtig, dergestalt, daß die Abwesenden an allen und jeden Theilen der Erbschafft ihren Antheil noch in salvo haben. l. 17. C. fam. excisc. MEVIUS p. 4. Dec. 398. STRUV S. J. C. Exerc. 15. th. 4. ibique MÜLLER. STRYCK Caut. Contr. Sect. 3. Cap. 4. §. 9. & ad LAUTERB. Comp. Jur. l. c. verb. *Præjudicat.* VOETIUS ad Tit. ff. Fam. Ecisc. §. 12. & 18. sqq. CARPZ. p. 3. C. 15. Def. 48. sqq.

Dieses, daß ein Erbe auch wieder des andern Willen zur Erbsonderung provociren könne, verstehet sich bloß von Majorennen Personen. Denn wenn allerseits Erben noch minorenn sind, so kan keines von denenselben auf die Erbsonderung dringen. Ist aber einer noch minorenn, der Neben-Erbe aber majorenn, mag der Minorenne ebenfalls nicht auf die Erbsonderung provociren: es wäre denn eine erhebliche Ursache vorhanden, die Obrig-

keit habe solche untersuchet und vor erheblich befunden, auch zur Erbsonderung mittelst Decrets ihre Einwilligung gegeben.

In diesem Judicio Familiæ erciscundæ kan ich nun nichts anders zum Objecto angeben, als solche Sachen de quibus hæreditatis petitio *l. 25. §. per. ff. de hæred. petit.* Daher folget, daß zu dieser Action die aussenstehende so wohl Activ - als Passiv-Schulden nicht gehören, weil dieselben ohne deß schon ipso jure divisa seyn. l. 6. C. fam. ercisc. l. 4. pr. l. 25. §. 1. ff. eod. l. 2. §. f. ff. eod. STRYCK Caut. Contr. Sect. 3. Cap. 4. §. 6. & 7. VOETIUS ad Tit. ff. Fam. ercisc. §. 26. BERGER œcon. Jur. Lib. 3. Tit. 6. §. 3. not. 5.

Weiter fordert der auf die Erbsonderung dringende, oder sonst diese Klage anstellende Theil dieses, daß ihm der Neben-Erbe, allen denjenigen Nutzen und Profit, welcher der Erbschafft zugewachsen ist, nach Antheil seiner Erb-Portion ausantworten, ferner da einer von denen Erben der Erbschafft entweder vorsetzlich, oder durch seine culpam latam oder levem (in concreto consideratam) verursachten Schaden ersetzen, oder daferne der eine Erbe die Erbschafft verwaltet, und allerhand Unkosten jedoch necessarias und utiles verwendet, daß ihm dieselben sollen wieder erstattet werden. Wie er denn auch die usuras ex tempore moræ gültiger Weise mittelst dieser Klage fordern mag.

Anlangend die Erbsonderung, geschiehet solche so wohl gerichtlich, als ausser Gerichten. In beyden Fällen müssen doch alle und jede Erbschaffts-Stücken richtig getheilet, und einen jeden Erben ein Antheil gegeben werden. Sind die Erbschaffts Sachen aber so beschaffen, daß sie entweder gar nicht, oder doch schwer können getheilet werden, so müssen solche zwar taxiret, und alsdenn von der Obrigkeit denen Erben adjudiciret werden. l. 34. l. 55. ff. fam. ercisc. Da ich mich denn hierbey auch auf dasjenige was bey vorstehenden Quasi Contractu ist gesaget worden, beziehe. So viel sage noch, daß die adjudicatio entweder per modum permutationis oder venditionis geschiehet. Im ersten Falle äusert sich es wenn dem einem Erben diese Sache, dem andern hingegen eine andere Sache zugeschlagen wird, und derjenige, welcher etwas mehrers bekommen hat, dem andern den Uberrest des Werthes an baaren Gelde heraus giebt. Im letztern Falle geschiehet es, wenn die Obrigkeit dem einem Erben alle sämtliche Erbschafft-Stücke vor einen gewissen Werth anschläget, und zuschläget, ihn auch zugleich anhält, daß er den Antheil des Werthes so auf die Neben-Erben kommet, ihnen hinwiederum an baaren Gelde bezahle. l. 1. C. comm. utriusque jud. l. 7. eod. l. 55. ff. Fam. ercisc. §. 4. & 5. J. de off. Jud.

Bey dergleichen Adjudication aber ist noch zu gedencken, daß zwar die Obrigkeit verbunden sey exofficio darauf zu sehen, daß die andern Neben-Erben, demjenigen dem entweder die gantze Erbschafft, oder doch gewisse Stücke davon sind adjudiciret worden, wegen der Eviction Caution bestellen möchten. l. 25. §. 21. ff. l. 14. C. fam. ercisc. l. 7. C. Comm. utr. jud. Dafern aber die Obrigkeit solches unterlassen, seyn nichts destominder die Neben-Erben pro rata zu Præstatione Evictionis verbunden, auch so gar in dem Falle, wenn gleich der Verstorbene selbst die Theilung unter denen eingesetzten Erben, im Testamente gemachet hat. l. 14. C. eod. l. 77. §. 8. ff. de Leg. 2. FRANTZK ad Tit. ff. de Evict. n. 366. STRUV S. J. C. Ex. 15. th. 12. ibique MÜLLER. STRYCK. in us. Mod. ff. Fam. ercisc. §. 8.

Es kan doch gleichwohl geschehen, daß die Erbtheilung nicht accurat gleich geschehen, sondern einer von denen Neben-Erben, darinnen verkürtzet und verletzet worden sey. Ist die Erbsonderung gerichtlich geschehen, so mag der læsion halber, ob sie auch gleich enormis wäre, solche Erbsonderung nicht umgestossen werden. Res enim judicata prætextu læsionis non rescinditur, & iniqua etiam sententia propter autoritatem rei judicatæ valet, nisi per appellationem suspensa fuerit. *l. 4. C. de Re Jud. l. 2. C. sent. resc. non poss. l. 2. C. quoad prov. non est necess.*

cess. l. 36. ff. fam. ercisc. l. 65. §. 2. ff. ad SCs Trebell. Carpz. *p. 2. C. 34. Def. 11. n. 6. & p. 3. C. 15. Def. 20.* Richter *p. 2. Dec. 99. n. 46.* Ist die Theilung aber ausser gerichtlich geschehen, ob sie schon durchs Looß geschehen, auch gerichtlich confirmiret worden, so wird selbige dennoch bey sich ereignender Verletzung, ob sie schon auch durch das Looß geschehen und vollzogen, nicht minder gerichtlich confirmiret werden, dennoch wieder rescindiret Carpz. p. 3. C. 15. Def. 19. n. 5. Berlich. p. 1. Decis. 146. Mevius ad J. Lubec. p. 2. t. 2. art. 29. n. 13. Schweder Disp. de remedio L. 3. C. comm. utriusque judic. §. 33. & p. 19. & 44.

Bey der Absonderung ist noch dieses zu gedencken, daß nach Sächsischen Rechten dieses besondere Vorrecht eingeführet sey. Nehmlich, daß wenn zwey Erben vorhanden sind, und ihr Erbtheil, oder Verlassenschafft theilen wollen, der Aelteste die Erbtheilung und Schicht mache, dem Jüngsten aber die Frey-heit und Macht ein Theil zu erwählen, welches er wolle zustehet. **Landrecht** lib. 3. art. 29. Const. Elect. Sax. 15 P. 3. ibique Carpz. Def. 2. Coler p. 1 Dec. 54. n. 2. Wesenbec in Paraticl. ad ff. Tit. Fam. ercisc. n. 6. Raachbar. Part. I. qu. 40. n. 3. Wie denn solche Art zu theilen nach Anzeige Gailii l. 2. obs. 116. n. 12. Mynsingeri Cent. 4. obs. 37. n. 14. Tiraquelli de Jure Primogenituræ qu. 60. n. 40. squ. Gra-

TIANI in Discept. Forens. c. 160. n. 18. sqq. STRYCKII in Us. Mod. ff. Tit. fam. ercisc. §. 1. auch ausser Sachsen an verschiedenen andern Orten hergebracht und eingeführet ist. Der Grund warum nehmlich der älteste Bruder die Theilung übernehmen solle, bestehet in der Vermuthung, daß der älteste Bruder bessere und genauere Wissenschafft und Bekantschafft von denen Erbschaffts-Stücken habe, mithin, und so vielmehr, da er nicht weiß, welchen Theil der andere jüngere Bruder erwehlen werde, die Erbtheile destomehr gleich austheilen. Gestalt denn dieser Ursachen willen, wenn zwey Brüder seyn, der älteste stirbt vor den Vater, hinterlässet aber 5 Kinder, diese 5 Kinder als Erben ihres Vaters, und die an ihres Vaters Stelle treten, nicht verbunden sind, die Erbschafft ihres Groß-Vaters zu theilen, sondern es stehet ihnen das Recht einen Theil zu erwehlen, ihres Vaters Bruder aber die Schuldigkeit, die Erbschafft zu theilen, zu. CARPZ. p. 3. C. 15. Def. 16.

Es giebet aber der Text des **Landrechts**, als der Sedes dieser gantzen Lehre Gelegenheit zu Streite, wenn es daselbst also heisset, **wo zween Mann ein Erbe nehmen, so soll der Aelteste theilen, und der Jüngste kiesen.** Denn weil darbey nur zweyen Personen Erwehnung geschehen, so fragt sichs, ob dieses Jus optionis allein in dem Falle statt finde,

wenn

wenn nehmlich nur zwey Erben vorhanden sind, oder ob es auch statt habe, wenn mehr als zwey Erben vorhanden. Anlangend die Praxin Juris Saxonici Electoralis, so findet darinnen CARPZOVII Meynung durchgehends statt, welcher p. 3. C. 15. Def. 11. lehret, daß im Falle mehr als 2 Erben zugegen, diese Arth zu theilen, oder das sogenannte Kuhr-Recht nicht statt finden könne. Hingegen BERLICH. p. 3. Concl. 21. n. 28. dessen Meynung auch an andern Orten Deutschlandes in schwange, und Ubung, und SCHVRFF Cent. 1. Consf. 71. n. 1. sqq. und STRYCK in Us. Mod. ff. Tit. fam. ercisc. §. 4. hält davor, daß nach dem Puncto Juris die Meynung gegründeter, wie nehmlich, auch in dem Falle, da mehr denn 2 Erben vorhanden, dennoch der Aelteste theilen und die Jüngsten erwählen könnten, weil die Erwehnung Zweyer so in den angezogenen Worten des Landrechts befindlich, schon den Numerum pluralem, mithin viele Personen in sich enthält, die GLOSSA über das Lehnrecht Cap. 32. n. 5. verb. **Wo ihrer zwey oder drey zu einem Guthe seynd, und wollen sich darnach theilen, so soll der Aelteste theilen, und der Jüngste kiesen**, auch diesen Satz bestärcket nicht minder gar nichts vorhanden, weßwegen mit Grunde Rechtens und aus erheblichen Ursachen dieser Options und Kuhr-Recht bey dem Fall, da mehr denn 2 Brüder

seyn, exuliren müsse, auch keine Gefahr zu befürchten, daß bey solchen Falle die mittelsten Geschwister und Erben möchten verkürtzet und verletzet werden, sintemahl ja dem Aeltesten und Theilenden jederzeit die letzte Erb-Portion übrig bleibt, nur in dem Falle wo 4 Brüder vorhanden sind, nach den von dem Aeltesten gemachten Erbschichtung der 4te und Jüngste zuerst seinen Antheil wählet, ihm folget der dritte Bruder, und nimmt sein Theil weg. Nach diesen kömt der andere Bruder, und nimmet sein Theil weg, das übrige Theil bleibt vor den ältesten Bruder. Folglich ist zu vermuthen, daß weil er nicht weiß, welcher Theil ihm gelassen werde; er noch so viel accurater die Gleichheit in dem Falle, wenn mehrere Neben-Erben vorhanden, beobachten werde, als bey einem eintzigen Neben-Erben, von dem er sich überreden und vermuthen könnte, wenn er etwan weiß, daß er eine besondere Affection und Liebe zu gewissen Sachen hat, er würde den Theil, wo diese Sache befindlich, vor den andern erwehlen, und deßwegen die geringsten Sachen dahin, der besten aber zu den andern Theile legen.

So findet dieses Options Recht nicht auch allein unter denen Brüdern, sondern auch denen andern Erben, die nicht Brüder sind, auch unter denen Hæredibus extraneis statt, sintemahl angezogener Text des Landrechts überhaupt

haupt nur von zween **Männern**, nicht aber von zweyen **Brüdern** handelt, mithin indistincte es seyn Brüder, oder sonst andere Cohæredes extranei, der Aelteste theilet, der Jüngste erwehlet. Carpz. p. 3. C. 15. Def. 5. Stryck Us. Mod. ff. Tit. fam. erciſc. §. 4. Daher dieses auch in dem Falle statt findet, wenn zwey oder 3 Weibs-Personen Neben-Erben sind, und unter einander die Erbschafft theilen sollen. Denn in solchen Falle, theilet auch die Aelteste, und die Jüngste erwehlet sodenn einen Theil welchen sie will Carpz. l. c. Def. 6. Hingegen wenn eine Weibs-Person mit einer Manns-Person concurriret, so ist, nach Anleitung der **Churfürstlichen Sächsischen** 15 *Constitution part. 3.* ausgemacht, daß ohne Unterscheid, ob die Weibs-Person älter, oder jünger sey, als die Manns-Person, jedes mahl das Weibsbild die Erbtheilung und Portiones machen müste, das Mannsbild aber ob es schon älter als die Weibs-Person einen Theil erwählen könne, welchen er wolle. Welches aber ausser Sachsen nicht statt findet, vielmehr ausser dem Churfürstenthum Sachsen man lediglich allein auf das Alter sein Absehen machet, und nach solchen wenn die Weibs-Person älter als das Mannsbild die Weibs-Person theilen und das Mannßbild wählen, hingegen im andern Falle, das ältere Mannsbild theilen, und das jüngere Weibsbild erwählen soll.

Ber-

BERLICH. p. 3. Concl. 21. n. 13. sqq. Es hätte denn der Vater in seinen Testamente etwas anders deßhalben verordnet, als welches ihm nachgelassen, sintemahl es in seinen freyen Willen beruhet, welchen Kinde er das Rühr-Recht zuschreiben und geben wolle, CARPZ. d. l. Def. 21. & 31.

Es findet dieses auch nicht allein bey Erb- sondern auch bey Lehn-Güthern billig statt, CARPZ. p. 3. C. 15. Def. 8. ANDR. RAUCHBAR p. 1. qu. 40. n. 6. DAN. MOLLER libr. 2. Semestr. 27. n. 1. MATTH. BERLICH p. 3. Concl. 21. n. 21. COLER p. 1. Decis. 54. n. 11. sqq. In dem Falle aber, wenn ein unbewegliches Grund-Stück nicht füglich kan getheilet werden, sondern einer dasselbe übernehmen, und dem andern das Geld herausgeben muß, so meynet CARPZ. d. Def. 8. als ob dem Jüngsten die Wahl zustehe, ob er das unbewegliche Guth, es sey ein Lehn- oder Erb-Guth haben und annehmen, oder vielmehr den Antheil seiner Erbschafft an baaren Gelde haben, und dem andern das Guth überlassen wolle. Welche Meynung in Sachsen durchgehends gegründet, hingegen ausser Sachsen bey denen Lehn-Güthern, seinen Abfall leidet, und dieselbe dem ältesten Sohne, ohne dem Jüngsten, zu verstattende Option, gebühren, der Jüngste aber mit Gelde abzufinden, aus Ursachen, ne æqualitas juris, quam in feudis ex pacto & providentia majo-

majorum liberi habent, in præjudicium filii senioris immminuatur, SCHRADER *de Feud.* p. 7. c. 5. n. 65. PRUCKMANN p. 1 Conf. 50. n. 149.

Ist mittelst des Options-Rechts eine Erbschafft getheilet worden, so mag diese Erbsonderung hernach nicht leichtlicht von einem oder dem andern unter dem Vorwande einer Verkürtzung und Verletzung angefochten werden. Nemo enim, schreibt STRYCK *in Us. Mod. ff. Tit. fam. erciscs.* §. 6. hic læditur per alterum, sed quisque suo facto, Major sibi imputet, quod portiones æquales non constituerit. Minor vero, quod non meliorem elegerit. Es wäre denn die Verkürtzung per ignorantiam, vitio in ipsa re latitante, e. g. si uterque fratrum, gemmam magni pretii existimaverit sed post divisionem demum rescisscat, vilissimam illam esse, geschehen. Denn in solchen Falle kan wegen einer sich eräussernden Læsionis enormis auch diese Erbtheilung billig rescindiret werden. BERLICH p. 3. Concl. 21. n. 69. DAN. MOLLER lib. 2. Semestr. cap. 28. CARPZ. p. 3. C. 15. Def. 19. & 20.

Der fünffte Quasi contractus est die aditio hæreditatis, oder Antretung einer Erbschafft, Denn es ist der Erbe denen Legatoriis und Fidei commissariis aus diesen Quasi Contractu nehmlich aus der Antretung der Erbschafft verbündlich. Denn als blosser Erbe ist er ihnen nicht verbündlich, weil der Defunctus und

Erb-

Erblasser selbst ihnen mit keiner Verbündlichkeit verhafftet war. Mithin sollte der Erbe denen Legatariis und Fideicommissariis mit etwas verbündlich seyn, so muste ein anderes Fundament ersonnen werden, und dieses bestunde nun in Antretung der Erbschafft. Denn indem der Erbe die ihm verlassene Erbschafft antritt, gleich in demselben Moment hält er des Erblassers seinen gefertigten letzten Willen vor genehm, und machet sich ipso facto verbündlich, denselben zu erfüllen. §. 5. J. h. t. l. 5. §. 2. f. de O. & A. Wie nun aus diesem facto der Erbe denen Legatariis Fideicommissariis auch Donatariis m. c. verbündlich ist, also haben diese auch wieder den Erben die actionem legati, fideicommissi, donationis M. C. mittelst deren sie den Erben belangen, daß er ihnen die Possess und Besitz des ihnen in dem Testamente beschiedenen Vermächtnüsses Fideicommissi oder Geschenckes einräumen solle. BERGER œcon. Jur. Lib. 3. Tit. 6. th. 5. Hingegen was die Creditores des verstorbenen Erblassers anlanget, dieselben brauchen sich auf diesen Quasi Contractum aditionis nicht erst zu beruffen, sondern vielmehr auf den Contract den der Erblasser mit ihnen getroffen hat, denen der Erblasser bereits verbündlich war, mithin der Erbe eodem jure, und ex eodem Contractu ihnen obligiret ist, weil der Erbe in universum jus defuncti succediret, und mit selbigen

gen vor eine Person gehalten wird. l. 11. ff. de diverſ. & tempor. præſcript. l. 2. §. 2. ff. de V. O. §. 5. J. h. t. ibique Hopp. Berger œcon. Jur. l. c. not. 1. Welcher dahero alſo ſchreibet. Nota: Hanc actionem ereditoribus hæreditariis non darinisi diſtinguas inter cauſam *immediatam* & *mediatam* immediata obligationis in hærede cauſa eſt aditio hæreditatis, per quam hæres effectus eſſe intelligitur, at cauſa mediata eſt contractus, initus cum defuncto, cum quo hæres eadem perſona eſſe cenſetur: per aditionem, reſpectu legatariorum nova, in perſona hæredis, coſtintuitur obligatio ſed reſpectu creditorum vetus a defuncto continuatur. *arg. l. 8. pr. ff. de acquir. vel omitt. hæred.* perinde eſt, ſi dicas; aditio hæreditatis eſt in herede cauſa obligationis cum originariæ, reſpectu legatariorum, &c. tum derivativæ, reſpectu Creditorum.

Nun folget der letzte Quaſi Contractus, nehmlich die Condictio indebiti, wenn ich nehmlich dasjenige wieder fordere, was ich jemanden ohne daß ich ſolches ſchuldig geweſen, gegeben habe. Es heiſſet aber hier indebitum dasjenige, was ich weder nach Civil, noch nach natürlichen Rechten zu bezahlen bin verbunden geweſen. Stryck in Not. ad Lauterb. Comp. Jur. Tit. de Condict. indeb. verb. *Indebite.*

Es wird aber, ſoll dieſe Condicta indebiti ſtatt finden, folgendes erfordert 1) ſolutio, vel

vel ut aliquid datum sit, daß nehmlich etwas gegeben und bezahlet worden sey, auch das Eigenthum der bezahlten Sache auf denjenigen dem es gegeben oder bezahlet worden, transferiret worden sey. Zum 2) ut aliquid datum sit tanquam debitum, sive ex causa præterita & necessaria, daß nehmlich ich jemanden etwas als eine Schuld aus einer vorhergegangenen Ursache bezahlet habe. Denn wenn ob causam futuram etwas indebite gegeben wird, so gehöret dieses noch zu der condictione indebiti l. 2. ff. de condict. ob turp. caus. so wenig als wenn ob causam præteritam, jedoch voluntariam ich etwas gegeben habe, ich finde hernach, daß diese Ursache derentwegen ich es gegeben habe falsch sey, ich dieses condictione indebiti wieder fordern mag, quia donare volui quamvis falso mihi persvaseram, l. 52. l. 65. §. 5. ff. de condict. indeb. Daher wenn ich einem annoch unverheyratheten guten Freunde ein Hochzeit-Geschencke schicke, sintemahl ich in denen Gedancken stehe, er machete Hochzeit, es ist aber diese meine Einbildung falsch, so mag ich dasselbe Hochzeit-Geschencke nicht wieder fordern. LAUTERB. Concl. For. Exerc. 24. th. 6. Deßgleichen wenn ich etwas ex obligatione naturali imperfecta gezahlet habe, mag ich solches als ein indebitum nicht wieder fordern. Es heisset aber obligatio naturalis imperfecta, diese wo mich zwar die natürliche

Rech-

Rechte verbunden, daß ich solches zahlen solle; hingegen stehet dem andern kein Recht, solches von mir zu fordern, zu, vielmehr wird es meiner eigenen Generosite überlassen.

Vors 3) wird darzu erfordert, daß die Ursache, deßwegen solches ist gezahlet worden, falsch, mithin deßwegen dieses indebite bezahlet worden sey. Es ist aber dasselbe indebitum zweyerley: 1) simpliciter und absolute tale; so ist dieses dasjenige, was der Zahlende weder nach natürlichen noch civil-Rechten zu bezahlen schuldig, und der Annehmende solches weder nach natürlichen noch civil-Rechten zu fordern berechtiget gewesen. LAVTERB. Coll. ff. tit. de condict. indeb. §. 9. Hierunter gehöret nun dasjenige, was ein Minderjähriger ohne Consens des Vormundes versprochen und nachgehends bezahlet hat; sintemahl, wegen der ihme ermangelnden Freyheit zu contrahiren, und sich, ohne Einwilligung des Vormundes verbindlich zu machen, er aus einem solchem unnöthig getroffenen Pacto auch nicht einmahl nach natürlichen Rechten verbindlich; l. 41. ff. eod. deßgleichen was in einem unbeständigen und unvollkommenen Testamente iemanden vermacht, mithin, wenn dieses von den Erben bezahlet, mag es allerdings wieder gefordert werden; l. 7 & 41. ff. eod. Es gehöret dieses auch ferner hierher, was unter einer wahrhafften Bedingung ist versprochen wor-

den; denn wenn vor Erfüllung dieser Bedingung der Promissor dieses bezahlet, mag er, so lange die Bedingung noch nicht erfüllet, es als ein indebite solutum gültiger weise wieder fordern. Denn quotiescunque sub conditione contracta obligatio, toties ante existentiam conditionis nec cessit nec venit dies, i. e. nulla exinde nascitur obligatio. HOPPIVS *ad* §. 4. *l. de V. O.* Vbi vero nulla obligatio, nec naturalis nec ciuilis, ibi nulla causa retinendi solutum. *l.* 16. *pr. l.* 28. *ff. de condict. indeb.* ANDR. CLVD. *de condict. indeb. cap.* 2. *n.* 7. & *cap.* 3. *n.* 105. STRYK. *in Not ad Lauterb. Comp. Iur. tit. de condict. indeb.* verb. *sub. conditione.* Noch weiter, wenn iemanden in diem incertum, an & quando, vel an extiturus sit, (d. i. auf einen ungewissen Tag, von dem man nicht weiß, ob er iemahlen existiren werde:) etwas versprochen oder vermachet worden. Z. E. es verspricht Titius Cajo 1000. Thl. zu bezahlen auf den Tag, wenn der türckische Käyser sich zur Christlichen Religion bekennen werde; es bezahlt Titius aber Cajo solche 1000. Thlr. so mag er dieselben allerdings als ein indebite solutum wieder fordern. arg. l. 16. §. 1. l. 56. ff. eod. l. 75. ff. de condit. & demonstrat. CLVDIVS l. c. c. 2. n. 9. & 37. welches aber doch auf dasjenige, was in diem certum, oder auf einen gewissen Tag, von dem man gewiß ist, daß er kommen muß, oder auf einen zwar ungewis-

gewissen Tag, von dem man wohl weiß, daß er einmahl kommen muß, nur die Zeit kan man nicht angeben, wenn er kommen wird, ist versprochen oder vermachet worden, nicht zu ziehen ist. Denn wenn der Versprecher, oder der Erbe der das Vermächtnüß auszahlen soll, solches gleich vor Ankunfft desselben Tages bezahlet, mag dasselbe dennoch keinesweges von ihm condictione indebiti wieder gefordert werden, l. 10. & 12. ff. de condict. indeb. ja der Erbe ist auch nicht einmahl befugt, das Interusurium von dem Legatario zu fordern: Si enim pro pecunia, schreibt LAVTERBACH. *in Coll. ff. tit. de condictione indebiti* §. *10.* quæ indebite soluta & repeti potest, usuræ hac conditione repeti nequeunt; *l. 1. C. eod.* multo minus peti poterit interusurium pro pecunia, quæ debite soluta, & repeti non potest.

Anlangend die andere Art, oder das indebitum secundum quid, ist es wieder zweyerley: theils ratione Iuris, theils ratione hominis. Ersteres, nehmlich das indebitum ratione juris, ist es folgendes, quod scilicet certo tantum jure non debetur, alio vero jure debetur, welches zwar nach einigen Rechten, nach andern Rechten aber derselbe es zu bezahlen nicht schuldig. Das indebitum ratione hominis hingegen ist, quod ratione certæ personæ est indebitum, ratione vero alterius personæ debetur; oder wie es

LAVTERBACH. Coll. l. c. §. 16. beschreibt; quod quidem iure debetur, sed non a soluente, vel non accipiente; d. i. welches zwar schuldig, aber entweder ist es diese Person, welche es bezahlet hat, gar nicht, sondern eine andere dem accipienti schuldig, oder, es ist zwar die auszahlende Person dasselbe würcklich schuldig, aber nicht demjenigen der solches erhalten hat, vielmehr einem andern. Und dieses, wenn es aus Irrthum ist bezahlet worden, muß nothwendiger weise wieder bezahlet werden. l. 65. §. f. l. 19. §. 1. ff. de condict. indeb. l. 5. C. eod. Denn Fall ausgenommen, woderjenige, der mir mit gar nichts verhafftet, vor den wahrhafften Schuldner und in dessen Nahmen mir als dessen wahrhafften Gläubiger etwas bezahlet hat: Sic enim, schreibt STRYK. *in Not. ad* LAVTERBACH. *Comp. Jur.* l. c. verb. Creditori soluerit, quod debetur, re vera solvitur, & potest quis pro aliquo etiam ignorante solvere, eundemque liberare. *d. l. 39.* Solvens tamen; ut ut hoc casu solutum ab illo, cui solvit, repetere nequeat, contra illum tamen, pro quo soluit, actionem negotiorum gestorum habet.

Das indebitum ratione iuris ist nun wieder zweyerley: entweder naturale tantum, oder civile tantum. Das indebitum naturale tantum ist dasjenige, was zwar nach dem iure stricto und subtili zu bezahlen schuldig; hingegen nach denen

nen natürlichen Rechten derselbe zur Bezahlung dessen nicht verbunden. Also wenn ich aus Furcht und gezwungen, oder aus Hoffnung der zukünfftigen Auszahlung etwas bezahlet habe; so bin ich zwar stricto jure zur Bezahlung desselben verbunden: weil aber nach denen natürlichen Rechten derselbe zur Bezahlung dessen nicht verbunden; so giebt der Prætor ex aequitate ihme das remedium condictionis indebiti, und kan er solches wieder fordern. Jedoch wird erfordert, daß solches alles noch durante metu & coactione von dem gewungenen Theile sey ausgezahlet worden: widrigen falls wenn er dieses nach der Zeit und da er nicht mehr hat Ursache gehabt sich zu fürchten, bezahlet hat; so mag er solches mittelst der condictionis indebiti nicht wieder fordern, quia metus per consensum subsequentem purgatus est. STRYK. in Not. ad LAUTERB. l. c. verb. *Promissum*. Hierunter gehöret aber dasjenige nicht, quod ex judicis sententia, licet iniqua, debetur; hoc siquidem ex iuris præsumtione & dispositione pro mixto & naturali quoque debito reputatur; quia res judicata pro veritate habetur, mithin was ex caussa rei iudicatae bezahlet worden, mag condictione indebiti nicht wieder gefordert worden, l. 1. C. de condict. indebiti. Cludius tr. cit. cap. 4. n. 104. seqq.

Das indebitum ciuile tantum heisset das-

jenige, was einer zwar noch der natürlichen Billichkeit, jedoch nach dem Iure ciuili nicht plene und efficaciter schuldig ist. Dergleichen denn bey denen Römern dasjenige war, was pacto nudo versprochen war. Denn weil aus allem Pacto nudo keine actio entstunde, und niemand daraus klagen konnte; so wurde dasjenige, was darinnen versprochen, wenn es nachhero bezahlet worden, vor ein indebite solutum um deßwillen geachtet, weil er zu dessen Bezahlung durch keine Rechts-Mittel hätte können gezwungen werden. Jedoch wenn einer dergleichen indebitum ciuile tantum bezahlet hat, so mag er dieses hernach mittelst der condictionis indebiti nicht wieder fordern; ZOESIVS ad tit. ff. de condict. indeb. n. 7. sintemahl bey dieser action das debitum nur indebitum alleine ex naturali ratione & æquitate ermessen wird, l. 15. pr. l. 66. eod. CLVDIVS l. c. cap. 1. n. 112. mithin wenn diese natürliche Billichkeit vorhanden, ob auch schon Jure ciuili keine Verbindlichkeit zugegen wäre, mag das gezahlete nicht wieder gefordert werden. l. 10. pr. l. 26. §. 12. l. 64. ff. eod. l. 10. ff. de obl. & act. also obgleich ein unter der väterlichen Gewalt stehender Sohn das geborgte Gelt bezahlet hat; so mag er, ohngeachtet ihm sonst die exceptio SCti Macedoniani zu statten komme, dennoch nach geschehener Bezahlung dieses nicht als ein indebite

bite ſolutum, mittelſt der condictionis indebiti, wieder fordern; weil er gleichwohl darzu natürlich verbunden. Und hindert nichts der l. fin. ff. ad SCt. Macedon. welcher nur von der repetition handelt; ſintemahl es nicht folget: ich habe die exceptionem, Ergo muß ich auch die condictionem haben. Eben dieſes iſt noch zu ſagen von demjenigen, welcher mittelſt eines ungerechten Urthels iſt abſolviret worden. Denn wenn dieſer die Sache gegeben hat, mag er ſelbige nicht wieder fordern; ob er ſchon, wenn er derentwegen belanget worden, ſich mit der exceptione rei judicatae hätte ſchützen können: aus Urſachen, quia manet in hoc caſu naturalis obligatio Jure Civili non ſimpliciter reprobata, *l. 60. pr. ff. de condict. indeb.* CLVDIVS *d. c. 2. n. 49. & c. 4. n. 104.* VINNIVS *l. 1. Sel. quæſt. c. 47.* Hieraus ergiebt ſich, daß die Regul: illud quod cui perpetua obſtat exceptio, indebitum dicitur &, per errorem ſolutum, repetitur, in dem Falle allein ſeine Richtigkeit habe, wenn keine obligatio naturalis von dem Jure Civili ſchlechterdings verworffen iſt. Hingegen wo eine obligatio naturalis Jure Civili non reprobata vorhanden, in demſelben Falle, wenn gleich Jure Civili eine exceptio perpetua vorhanden, mag dennoch die conditio indebiti nicht ſtatt finden. So viel iſt noch zu ſagen, daß, was ietzo von der obligatione naturali iſt geſaget worden, lediglich allein auf

die obligationem naturalem imperfectam zu ziehen; keinesweges aber von der obligatione naturali imperfecta zu verstehen, als welche den effectum condictionis indebiti nicht geniesset.

So wird auch 4) weiter zur condictione indebiti, soll sie anderer gestalt cum effectu angestellet werden können, erfordert: ut solutum sit per errorem, oder daß einer aus Irrthum iemanden etwas zahlet, was er ihm zu bezahlen nicht schuldig. Unter dem Irrthume aber stecket hier nicht alleine dieses, wenn ich etwas mir einbilde, was gar der Wahrheit zu wieder; sondern auch die Dubitatio, wenn ich zweifle: ob ich demsebigen auch dasselbe schuldig sey, und dennoch zahle ich es ihm; nicht minder, wenn ich gar nicht weiß, daß ich ihm solches gezahlt. Als welches allerseits schon genung ist, soll anderer gestalt die condictio indebiti statt finden; l. fin. C. de cond. indeb. LAVTERB. Coll. ff. l. c. §. 17. Dieses nun, daß ein error und ignorantia von Seiten des Zahlenden vorhanden seyn müsse, ergiebt sich daraus, weil, widrigenfalls wenn er gewiß gewesen, daß er solches nicht schuldig und dennoch bezahlet er solches wissentlich, die Rechte vermuthen: er habe solches animo donandi gegeben; folglich derjenige, welcher wissentlich etwas indebite bezahlet, solches nicht condictione indebiti wieder fordern mag, quia, cujus per errorem dati repetitio est, illius consulto

dati

dati donatio est. *l. 53. ff. de R. J. l. 1. §. 1. l. 24. l. 26. §. 3. l. 62. ff. de condict. indeb. l. 9. C. eod. l. 9. C. ad L. Falcid.* Und hindert nichts, ob er gleich die intention gehabt hätte, solches nachhero wieder zu fordern; nach der Regul: Propositum in mente retentum nihil operatur. *l. 50. ff. de condict. indeb.* arg. *l. 7. C. de condict. ob caus. dat.* CLVDIVS *d. tr. c. 1. n. 6. & cap. 4. n. 64.* den Fall ausgenommen, wenn eine andere Vermuthung, als daß er solches geschencket haben wolle, vorhanden. Z. E. Es hat einer seinem rigoureusen Gläubiger nach seinem Verlangen, nur um damit er ihme nicht mit dem Capitale vexas machen möge, übermäßige Interessen gezahlet. SANDE Decis. Frisic. lib. 3. tit. 14. diff. 8. Nicht minder wenn die Person, so etwas indebite wissentlich bezahlet, in solchem Zustande ist, daß sie nichts verschencken kan; z. E. er ist ein Unmündiger, minorennis, Verschwender und dergleichen, und bezahlt ohne Genehmhaltung seines Vormundes oder Curatoris etwas indebite; in diesem Fall mögen sie, ob sie schon dasselbe wissentlich gethan, dennoch das indebite bezahlte wieder fordern. LAVTERB. Coll. ff. l. c. §. 17. Ausser diesen Fällen aber bleibet es bey der Regul: daß derjenige, welcher etwas wissentlich indebite bezahlet, solches nachhero nicht wieder fordern möge.

Anlangend den Errorem, ist derselbe zweyerley:

erley: entweder juris oder facti. Error juris ist, wenn ich in denen Rechten irre, und halte davor, dieses oder jenes sey Rechtens, da es doch hingegen unrecht ist. Error facti hingegen ist, wo ich nicht so wohl in Rechten, als vielmehr in facto irre. Ersterer oder der Error juris kommt niemanden zu statten, mithin derjenige, welcher ex errore iuris etwas bezahlet hat, mag solches mittelst der condictionis indebiti nicht wieder fordern; weil er die Rechte hätte wissen sollen, und da er ja dieselben nicht gewust, andere Erfahrene darüber hätte consuliren und zu Rathe ziehen können. l. 9. §. 3. ff. de iur. & facti ignor. l. 6. C. eod. l. 6. C. de condict. indeb. HAHN. ad WESENBEC. tit. de condict. indeb. n. 9. wiewohl die Unmündige, wenn sie etwas ohne ihrem Vormunde bezahlet haben, davon ausgenommen werden, und solches von demjenigen, der es erhalten, durch die condictionem indebiti wieder fordern können. Deßgleichen die Minnorennes werden dawieder in integrum restituiret; l. 29. ff. de condict. indeb. l. 2. C. si aduers. solut. l. 25. pr. ff. de minor. CLVDIVS l. c. cap. 1. n. 52. seqq. & c. 5. n. 50. seqq. deßgleichen die Weibes-Personen, wenn sie ex errore juris etwas bezahlet haben, werden dawieder in integrum restituiret, und mögen dasselbe condictione indebiti wieder fordern; l. 9 C. ad SCt. Vellej. l. 9. ff. de iur. & facti ignor. Noch weiter die

Sol-

Soldaten werden darwieder in integrum restituiret, welches aber, wie doch BOCERUS Class. 2. Disp. 8. th. 9. SANDE ad l. 53. ff. de R. J. gemeinet, nicht auf die Bauern zu ziehen; wovon STRYK. in Not. ad LAUTERB. Comp. Jur. verb. *Rusticis* folgende Ursachen anführet: Rustici regulariter ob iuris ignorantiam non excusantur, nisi in tali statu fuerint, ubi peritiores consulere non potuerunt; unde in iure vix occurrit clara decisio, quod rustico ius ignorare permissum sit, sicuti hoc quidem de milite dispositum in *pr. Inst. de milit. testam.* Superest enim ipsi tempus consulendi peritiores, quod militibus non æque licet.

Hingegen der Error facti ist allezeit eine erhebliche Ursache zur condictione indebiti, ob er auch schon in facto proprio einen Irrthum begangen habe; l. 22. pr. l. 32. §. 1. ff. de condict. indeb. CARPZ. P. 2. C. 28. Def. 21. n. 5. CLUDIUS l. c. c. 10. n. 36. seqq. Und weil vorher, daß auch die Dubitatio ein Irrthum zu nennen wäre, gesagt; so ist hier zu gedencken: daß, weil gleichwohl derjenige, so in Zweiffel stehet, und in Zweiffel etwas auszahlet, nicht den Willen etwas zu verschencken hat, l. 10. de Donat. mithin er allhier billig pro ignorante & errante zu achten; so mag auch dieser das indebite gezahlte Geld gültiger Weise wieder fordern; l. fin. C. de condict. indeb. CLUDIUS tr. cit. c. 5. n. 2. seqq. STRAUCH ad L. Decis. Justin. Ex. 6. c. 5.

Wenn

Wenn nun diese vier Requisita mit einander concurriren, so ist derjenige, der dieses indebite empfangen hat, ob er gleich das Eigenthum von der indebite erhaltenen Sache erlanget hat, welches so viel würcket, daß dieselbe Sache nicht mag mittelst der rei vindicationis wieder gefordert werden, dennoch verbunden, bey angestellter Condictione indebiti, die empfangene Sache wieder heraus zu geben; *§. 6. Inst. h. t.*

Was den Beweiß anlanget, so ist, was das erste Requisitum (nehmlich daß würcklich etwas bezahlet sey) betrifft, ausgemachten Rechtens: daß, wenn der Beklagte etwas gezahlt erhalten zu haben leugnet, muß der Kläger solches vor allen Dingen beweisen; l. 25. pr. ff. de probat. l. 7. §. 1. ff. de curat. furios. CARPZ. D. Def. 21. n. 3. Hingegen fragt sichs: Auf wen der Beweiß, daß es indebite bezahlt sey, falle? Welche Frage mit Unterscheide zu beantworten: Entweder es ist nehmlich bereits etwas gezahlet; oder aber es ist nichts bezahlet, sondern nur eine Handschrifft und Schein darüber ausgestellet worden. Im ersten Falle machet man wieder einen Unterschied: ob der Beklagte so gleich zugestehet, er habe dasselbe bezalt erhalten; oder aber ob er die Bezahlung negiret. Gestehet er nicht zu, daß er die quæstionirte Sache oder Geld empfangen habe, es beweiset aber Kläger die gesche-

geschehene Zahlung nachhero, entweder durch Zeugen, oder Quittung, oder andere Wege, und überführet ihn dadurch, daß er wieder sein Gewissen die solution und Empfang derselben Sache negiret habe; so muß der beklagte indistincte beweisen, daß er solches zu recht erhoben und Kläger ihm solches wahrhafftig schuldig gewesen, sich auch der Zahlung nicht hätte entbrechen können, und zwar nach der Rechts-Regul: qui negat fundamentum beneficii sui, beneficio indignus est; und ist dieses eine Straffe seines Leugnens, l. 25. pr. ff. de probat. AVTH. contra qui C. de non numer. pec. MULLER ad STRVV. Exerc. 18. th. 42. lit. n. hat hingegen der Beklagte so gleich die geschehene Zahlung zugestanden; so machet man wieder einen Unterschied: ob er vorgiebt, die gantze Summe, so er gezahlt, sey indebite gezahlet worden; oder aber, ob er angiebt, daß nur ein gewisser Theil indebite bezahlt. Spricht er, die gantze Summe wäre indebite bezahlt und zwar simpliciter, daß er gar ihm niemahls etwas schuldig gewesen, und es ist der Kläger sonst ein accurater und sorgfältiger Mann, welcher in seinen Sachen sonst nicht nachlässig, vielmehr iederzeit bedächtig verfähret; so muß der Kläger beweisen, daß er ihm solches indebite bezahlet und er ihm nichts schuldig gewesen sey. Dahingegen wenn sonst erweißlich, daß er ein eben nicht allzu accurater vielmehr negil-

negligenter Mann, oder eine Weibes-Person, Pupille, Minorenner, Soldate oder Bauer sey; so liegt dem Beklagten der Beweiß, daß er es zu fordern berechtiget gewesen, ob; l. 25. in fin. pr. & §. 1. ff. de probat. LAVTERB. Coll. ff. h. t. §. 24. hat der Kläger in seiner Klage zwar nicht simpliciter gesagt, daß er ihm gar niemahls etwas schuldig gewesen; sondern er hat vielmehr gestanden, daß er Beklagten zwar anfangs quæstionirte Summe schuldig gewesen, oder er hätte dawieder trifftige Exceptiones gehabt, mittelst deren er diese Post zu bezahlen nicht schuldig gewesen; so muß der Kläger, er sey von Stande oder Gemüths-Beschaffenheit von welcher er wolle, das indebitum beweisen, weil ihm auch vor der Bezahlung der Beweiß dieser Ausflüchte obgelegen hätte; d. l. 25. §. 2. CLVDIVS d. t. cap. 9. n. 39. LAVTERB. l. &. §. cit. STRYK. ad LAVTERB. Comp. Iur. l. c. verb. *Extinctum, probare debet.* Daferne aber der Kläger nicht die gantze Summe, sondern nur einen gewissen Theil derselben, als ungebührlich gezahlt zu seyn vorgiebet; so muß ebenfalls der Kläger beweisen, daß dieser Theil indebite von ihm bezahlet sey. d. l. 25. §. 2. wovon STRYK. in Not. ad LAVTERB. comp. Iur. verb. *Non fuisse debitam &c.* folgende Ursache anführet: quia iterum debitum subfuisse fatetur, & in hoc se fundat, se plus debito soluisse. (Um aber auf den andern

Fall

Fall zu kommen, wenn nehmlich noch nichts bezahlet, sondern nur zu bezahlen versprochen und deßwegen eine Schuld-Verschreibung ausgestellet worden sey; so siehet man darauf, ob darinnen eine causa debendi enthalten oder nicht. Ist eine causa debendi, oder Ursache, woher ihm der Aussteller solcher Schuld-Verschreibung diese Summe schuldig sey, darinnen exprimiret; so muß derjenige, welcher solchen Schuld-Schein in Empfang erhalten hat und besitzet, beweisen, woher und quo titulo er ihm solche Summe schuldig sey. l. 25. §. f. ff. de probat. Cap. 14. X. de fide instrument. CARPZ. p. 1. C. 17. Def. 9. LAUTERB. Coll. ff. Tit. de condict. indeb. §. 24. Dahingegen wenn in der Schuld-Verschreibung eine causa debendi enthalten und benahmet, muß der Aussteller dieser Schuld-Verschreibung und Schuldner beweisen, diese Ursache sey falsch. l. 25. §. f. ff. de probat. d. cap. 14. X. de fide instrum. l. 13. C. de non numer. pec.

Bey diesem Beweise ist noch zu gedencken, daß derselbe gültiger weise nach durch die Eydes-Delation geschehen könne. l. 21. §. pen. ff. de probat. CLUDIUS d. tr. cap. 9. n. 44. seqq.

Es fragt sich hierbey noch: ob denn das vierte Requisitum, nehmlich der Irrthum bewiesen werden müsse und von wem? Und da

ist

ist denn zu gedencken, daß viele Rechts-Gelehrten, besonders BACHOVIUS d. Disp. th. 6. in princ. FRANTZKIUS ad §. 1. Inst. quib. mod. re contrah. oblig. n. 17. seqq. davor halten, als ob der Kläger den begangenen Irrthum iederzeit beweisen müsse. Jedoch ich bin STRYKII Gedancken, welcher in Not. ad LAUTERB. Comp. Jur. h. t. verb. *Probandum*, nebst CARPZ P. 2. C. 28. Def. 21. CLUDIO, d. tr. c. 10. n. 33. seqq. BARBOSA thesaur. locuplet. lib. 5. c. 16. ax. 1. lim. 2. davor hält, daß wenn nur zuförderst erwiesen, es wäre etwas indebite bezahlet worden, der Irrthum nicht erst darff von Kläger erwiesen werden; vielmehr schon vermuthet würde, uud zwar aus der allgemeinen Rechts-Regul: wie nicht vermuthet werde, daß einer das Seinige werde wegschmeissen und in die Schantze schlagen; mithin mehr ein begangener Irrthum, als wohl eiue Schenckung vermuthet werden müsse; sintemahl dieses eine Donatio ist, wenn ich wissend etwas weggebe, was ich zu geben nicht verbunden; dergleichen Schenckungen aber niemahls vermuthet, sondern erst erwiesen werden müssen.

Sothane condictionem indebiti stellen nun alle und iede, welche etwas aus Irrthum bezahlet haben; wie auch dererselben Erben an, l. 12. ff. de condict. indeb. Hat eine Pupille und Unmündiger ohne Genehmhaltung seines Vormundes Geld indebite bezahlet, ob es

schon

schon wissentlich geschehen, er auch in denen Rechten geirret habe; so kan er doch, wenn das bezahlte Geld in natura vorhanden, solches vindiciren; dafern es aber bereits verthan, solches mittelst dieser condictionis indebiti wieder fordern. Hat ein Procurator und Gevollmächtigter etwas indebite im Nahmen des Eigenthums-Herrn bezahlet, so kan der Eigenthums-Herr, qui in specie solutionem illam mandavit, aut postea ratum habuit, solche Condictionem anstellen; ob auch schon der Gevollmächtigte solches von seinem eigenen Gelde bezahlet hätte, l. 6. §. f. ff. de condict. indeb. Ubrigens wenn der Eigenthums-Herr diese Bezahlung nicht besonders anbefohlen und genehm gehalten hat; so stehet dem Procuratori die vtilis condictio zu, d. l. 6. pr. & arg. l. 6. C. eod. Hat der Bürge in Nahmen des Haupt-Schuldners etwas indebite bezahlet; so hat nicht der Bürge, sondern der Haupt-Schuldner diese condictionem wieder denjenigen, dem die Zahlung geschehen; der Bürge aber muß den Haupt-Schuldner, vor dem er bezahlet hat, anpacken, l. 47. ff. eod. Daferne aber der Bürge nicht in des Haupt-Schuldners, sondern in seinen Nahmen etwas indebite bezahlet hat; so stehet dem Bürgen die Condictio indebiti wieder den Accipientem selbst zu, l. 38. §. f. l. 47. ff. eod. Wenn zwey Correi, die eine Summe mit einander schuldig sind,

oder der Haupt-Schuldner und Bürge zu verschiedenen Zeiten diese Summe bezahlet haben; hat derjenige, welcher zuletzt gezahlet hat, diese Condictionem und fordert das indebite gezahlte Geld zurücke; l. 25. ff. eod. aus Ursachen, quia hic solus indebite solvit, nam prior solutio iam tum debitum sustulerat. STRYK. ad LAVTERB. h. t. verb. *qui posterior.* Jedoch soll der letztere mit Krafft und Gültigkeit diese Condictionem anstellen können; so wirderfordert: ut prior solutio liberationem pepererit, oder, daß durch die erste Bezahlung die Schuld getilget worden sey. l. 59. ff. eod. l. 34. §. f. ff. de solut. Häben dieselben zu gleicher Zeit das Geld bezahlet; so fordert ein ieder nur seinen Antheil wiederum zurücke. Quisque enim pro parte tantum indebitum solvit. *l. 19. f. l. 20. ff. eod.*

Sothane Condictio indebiti wird nun wieder diejenigen angestellet, welche etwas indebite in Empfang genommen; dafern nur dieselben so beschaffen, daß sie gültiger Weise contrahiren und sich verbindlich machen können. Daher die Unmündigen, Verschwendere und andere, die nicht contrahiren, noch sich verbindlich machen können, Condictionis nicht mögen in Anspruch genommen werden, woferne sie nicht dadurch locupletiores geworden und sich bereichert haben; quia ulterius civiliter nunquam obligantur, si scilicet remoto tutore inde-

indebitum acceperint. *§. 1. J. quib. mod. re contrab. oblig. l. 59. ff. de O. & A. l. 13. §. f. ff. de condict. indeb.* CLVDIVS *d. tr. c. 6. n. 11. 40. & 45.* STRVV. *S. J. C. Exerc. 18. th. 43. ibique* MÜLLER. Hat ein Gevollmächtigter auf speciale Vollmacht des Mandantis etwas indebite erhoben, oder wenn der Bevollmächtigte gleich keine besondere Vollmacht darzu gehabt, hat doch der Mandans solches nach der Zeit genehm gehalten, so wird diese Condictio indebiti wieder den Eigenthums-Herrn und Mandantem angestellet; l. 57. §. 1. l. 6. §. 1. ff. eod. Welches auch zu sagen, wenn nicht so wohl dem Haupt-Creditori, als vielmehr demjenigen, an dem laut der Obligation solches statt dem Creditori das Geld hat sollen ausgezahlet werden. Z. E. Es stehet in der Schuld-Verschreibung: es solte der Schuldner *Cajo* dem Haupt-*Creditori*, oder *Mevio* die Summe bezahlen; der Schuldner bezahlet diese Summe an Mevium; so kan diese Condictio nicht wieder Mevium, sondern allein wider Caium angestellet werden. l. 34. pr. ff. de solut. wovon STRYK. in Not. ad LAVTERB. l. c. verb. *adjecto*, folgende Ursachen anführet: quia cum hoc nullum negotium est gestum, datur ergo condictio contra principalem creditorem, qui adiecto solvere mandavit. Dafern aber der Eigenthums-Herr nicht in specie dieses befohlen, daß er so viel Geld indebite annehmen und eintreiben

solle, er hat auch nach der Zeit dasselbe nicht genehm gehalten; so kan diese Condictio nicht wieder den Mandantem, sondern dessen Procuratorem und Gevollmächtigten angestellet werden, l. 6. §. 1. & 2. l. 57. §. 1. ff. de condict. indeb. LAVTERB. Coll. ff. l. c. §. 28. Auch wieder die Successores universales kan dieselbe angestellet werden; nicht aber wieder den Successorem singularem, ob auch schon der Successor singularis diese dem Antecessori indebite gegebene Sache ex causa lucrativa in Besitz hat, weil dieses eine actio personalis, die nicht wieder einen tertium gehet: es könte denn der Kläger von demjenigen, dem er solches indebite gegeben, und dessen Erben wieder und seinen Schaden gut gethan bekommen; als in welchem Falle allererst in subsidium der Successor singularis, mittelst der Condictionis ex l. 32. ff. de R. C. angepacket werden kan. CLVDIUS d. tr. c. 6. n. 3. & 72. FROMMANN Disp. de act. real. & personal. qua constit. th. 20. STRYK. ad LAVTERB. Comp. Jur. l. c. verb. *Singulares.*

Mittelst dieser Condictionis indebiti werden nun alle und iede indebite gegebene Sachen, so wohl corporales als incorporales, und zwar erstere durch die Condictionem certi, letztere durch die condictionem incerti, nebst denen fructibus davon wieder gefordert. l. 12. ff. de novat. CLVDIVS l. c. c. 7. n. 2. seqq. STRVVII S. J. C. Exerc. 18. th. 44. Also wenn ich einem

nem die Possess einer gewissen Sache, oder eine Servitut, indebite gegeben habe; so kan ich solche mittelst der condictionis incerti wieder fordern. Wenn ich eine Quantität, z. E. 1000. Thlr. 100. Malter Korn und dergleichen, iemanden indebite gegeben habe; so fordere ich durch diese Condictionem indebiti tantundem, in eodem genere, oder eben so viel von dergleichen Sorte, Güthe und Werth, iedoch sine usuris; welches letztere aber moribus nostris, nach der Zeit da er in mora restituendi ist, und post litem contestatam, cessiret, und auch die Interessen gültiger Weise können davon gefordert werden. *Rec. Deput. de Anno 1600. §.* So viel nun ꝛc. um so vielmehr da heut zu Tage so wohl in bonæ fidei judiciis, als auch in stricti iuris contractibus, die Zinsen als auch ex tempore moræ können gefordert werden. STRYK. in Not. ad LAUTERB. l. c. verb. *sine usuris*. Daferne aber eine gewisse species indebite bezahlet; so wird mittelst der Condictionis indebiti dieselbe in natura, mit allen eingehobenen Nutzungen und accessionibus, deductis impensis wieder gefordert. l. 15. pr. l. 26 §. 12. l. 65. §. 5. ff. eod. Dafern aber eben dieselbe Sache nicht mag in natura wieder gegeben werden; so mag der bonæ fidei possessor, wenn er in restituendo keine moram begangen, in was weiters nicht, als in so weit, in quantum factus fuit locupletior, con-

demniret werden. l. 26. §. 12. l. 65. §. 8. ff. eod. Da hingegen der malae fidei possessor, oder derjenige, welcher eine moram begangen, nicht allein den wahren Werth der Sache wieder erstatten und vergüten, sondern auch die Interessen davon bezahlen muß; weil moribus nostris so wohl bey der Condictione indebiti, als sine caussa, von der Zeit des begangegenen Verzugs an, Interessen oder Zinsen davon gegeben werden müssen, CARPZ. lib. 4. tit. 7. Resp. 50. n. 24. STRYK. in Vsu Mod. ff. Tit. de Condict. indeb. §. 2. HARPRECHT. Conf. 4. n. 251. seqq. GRASS. in Collat. Commun. cum Recess. Imper. Sect. 6.

Es kan diese condictio indebiti auch in dem Fall angestellet werden, wenn gleich derjenige, welcher solches gezahlet hat, bey der Zahlung versprochen: er wolle, in Ansehung und von wegen der beschehenen Zahlung, ihm keinen Streit erwecken. Hoc enim eodem errore promittit, quo solvit. *l. fin. §. 3. ff. eod.* FRANTZK. ad ff. tit. de condict. indeb. n. 27. Welches denn auch statt findet, wenn gleich der Auszahlende darbey der Condictioni indebiti mit klaren und deutlichen Worten renunciret hat; quia juri ignorato nemo censetur renunciasse, & hæc renunciatio ex eodem errore venit, quo ipsa facta est solutio. *l. 19. ff. de inoff. testam.* BOCER. *d. Disp. 8. th. fin.* STRVV. *S. I. C. Exerc. 18. th. 42.* LAVTERB. *Coll. ff. l. c.* §. 23. STRYK. *ad* LAVTERB.

Comp.

Comp. Jur. l. c. verb. *movere vellet.* Anders verhält es sich, wenn der Bezahlende, nach der beschehenen Auszahlung und nachdem er erfahren hat, daß er etwas indebite bezahlet, dieser condictioni indebiti renunciret, oder versprochen, daß er das indebite bezahlte Geld nicht wieder fordern wolle, aus Ursachen, quia tunc ex nova ratificatione donasse censetur. Eben dieses ist auch zu sagen, wenn er bey Auszahlung des Geldes der condictioni indebiti mittelst Eydes sich begeben und renunciret hat. Denn in solchen Fällen, wenn nur sonst nicht vitia consensus vorhanden, ist wegen des geleisteten Eydes die Renunciatio gültig und zu Recht beständig.

Jedoch giebt es Fälle, wo diese Condictio indebiti nicht statt findet: Als 1) si aliquid transactionis causa solutum fuerit, oder wenn ihrer zwey, die zeithero in Zwiespalt mit einander begriffen, sich mit einander über ihre Zwistigkeiten vergleichen, und der eine dem andern im Vergleiche etwas zahlet. Quæ enim transactionis nomine solvuntur, non repetuntur, amore finiendarum litium. Imo causa transactionis non est ipsum debitum, sed lis, a qua per transactionem liberatur. *l. 65. §. 1. ff. de condict. indeb.* Den Fall ausgenommen: ubi evidens calumnia detegitur, vel transactio imperfecta est; z. E. Es weiß der eine, daß er kein ius agendi hat, beredet aber den andern

durch Vorlegung falscher Documente, daß er ihm würcklich so viel schuldig wäre, und induciret ihn dadurch zu einem Vergleiche; l. 65. §. 1. ibique BRVNNEMANN. STRYK. ad LAVTERBACH. Comp. Jur. l. c. verb. *calumnia*. Oder wenn einer beredet wird, es hätte sein Vater sich mit dem andern auf so hoch verglichen, und wird dadurch induciret, daß er dem andern so viel zahlet, es ist aber niemahls dergleichen Vergleich getroffen worden; als in welchen beyden Fällen doch die Condictio indebiti statt findet. l. 23. pr. ff. eod. STRVV. S. J. C. Exerc. 18. th. 38. ibique MVLLER. HARPRECHT. Conf. 84. n. 341. Vors 2) ubi pietatis causa subest, z. E. Wenn iemand einer untergeschobenen Tochter, die er vor die Seinige gehalten, hingegen würcklich eines andern ist, eine Ausstattung gegeben hat; oder die Mutter (welche sonst denen Rechten nach ihre Kinder zu ernähren, deßgleichen studiren zu lassen nicht schuldig) ihre Kinder ernähret oder studiren lässet; als in welchen Fällen, wenn die Mutter nicht so gleich in continenti protestiret hat, daß sie solches nicht animo donandi, sondern repetendi, wolte vorgeschossen haben, sie dasselbe nicht als indebite Bezahltes wieder fordern mag.

TIT. XXIX.

TIT. XXIX.

PER QVAS PERSONAS OBLIGATIO ACQVIRITVR.

Dieser Titul kommt mit dem Lib. II. Tit. IX. befindlichen Titul derer Institutionum: quas personas cuique acquiratur überein. Denn was daselbst von der Acquisitione Rerum ist gedacht worden, dasselbe kann alles auf die Acquisitionem obligationis billich gezogen werden; mithin ist überflüssig, dasselbe allererst weitläufftig zu wiederholen, inmassen ich mich auf solchen Titul derer Institutionum, beliebter Kürze wegen, beruffen haben will.

TIT. XXX.

QVIBVS MODIS TOLLITVR OBLIGATIO.

Nunmehro ist nichts übrig, als, da wir die Contracte durchgegangen, wie auch die Mittel und Wege, die aus einem solchen Contracte entstandene Verbindlichkeit hinwiederum zu tilgen und aufzuheben, mit Fleiß betrachten. Und zwar sind die modi

tollendi obligationem folgende: 1) Solutio, 2) Nouatio, 3) Compensatio. Wovon gantz kürtzlich, nach Anleitung derer Institutionum, gehandelt werden soll.

Was die Solutionem anlanget, ist dieselbe dasjenige, wenn ich nehmlich das, was ich einem schuldig bin, bezahle und wiedergebe. Daher sie den in *l. 40. ff. de solut.* pro naturali, seu actuali præstatione ejus, quod debetur, animo tollendi obligationem facta, geachtet wird.

Betreffend die Bezahlung, so wird darzu erfordert: daß derjenige, welcher bezahlen will, und der Gläubiger, der das Geld in Empfang nimt, auch hierein willigen. Denn wenn die Bezahlung richtig und vollzogen, auch die Obligation und Schuld-Verschreibung getilget seyn soll; wird erfordert: daß auch das Eigenthum, der zur Zahlung gegebenen Sache, auf den Creditorem gebracht werde; l. 17. l. 46. pr. l. 55. ff. de solut. §. 2. in F. I. quib. al. licet. l. 9. §. 2. ff. de auct. tut. Woraus denn von sich selbsten folget: daß beyde, so wohl der Bezahlende, als derjenige der bezahlt wird, darein einwilligen müssen; folglich kann der Schuldner den Gläubiger nicht zwingen, daß er wieder seinen Willen, vor den gesetzten Zahlungs-Termine, und, da derselbe Termin bereits verstrichen, nach demselben, die Zahlung annehme. l. VII. C. de solut.

Der-

Derjenige welcher Zahlet muß auch nothwendig in dem Stande seyn, daß er sein Vermögen frey und ohne hindernüß, nach seinem eigenen Gefallen, verwalten, mithin auch nach seinem Gefallen bezahlen kann. Welches auch von demjenigen zu sagen, dem etwas gezahlet wird. Denn von diesem wird auch erfordert: daß er die Freyheit über sein Vermögen zu disponiren, und Geld in Empfang zu nehmen, habe; §. 2. I. quib. mod. toll.

Also können nur diejenigen Zahlen, welche die freye Macht, mit ihrem Vermögen zu schalten und zu walten, und dasselbe nach ihren Willen zu administriren, ohngehindert haben. Denn weil durch die Zahlung so wohl die Veräusserung, als auch die Translatio Dominii geschiehet; muß bey dem Zahlenden Facultas alienandi & transferendi Dominium sich äussern. Daher kan ein Ummündiger ohne Einwilligung seines Vormundes oder Curatoris, ein Verschwender, Rasender, Närrischer ohne Einwilligung seines Curatoris, nichts gültiger weise zahlen; vielmehr, wenn dieselben de facto etwas gezahlet haben, mögen sie, weil sie doch die Eigenthums-Herrren davon verbleiben, solches gezahlte Geld wieder vindiciren; daferne aber die gezahlten Gelder von dem Gläubiger bona fide sind verthan worden, so können diese Personen solches zwar nicht wieder vindiciren, davor wird aber die

Obli-

Obligation, mit der sie ihrem Gläubiger sind verhafftet gewesen, dadurch getilget. Dahingegen, ob sie schon Domini davon verbleiben, wenn die bezahlte Sache bey dem Creditore verdorben, solcher Schaden nicht über dieselben, vielmehr über den Gläubiger ergehet; ne pupillus lædatur eique dominium ex singulari iure servetur. Quod enim favore alicuius constitutum est, non trahendum est ad eius læsionem, & minoribus ætas in damnis subvenire solet.

Dieser Personen ihre Vormünder und Curatores hingegen mögen gültiger weise etwas bezahlen vor ihre Mündel.

Auch nicht allein der Schuldner, sondern auch ein tertius kan vor ihn bezahlen, und wird dadurch der Schuldner von seiner Schuld befreyet, ob auch schon der Tertius dieses Geld aus seinem eigenen Vermögen hergegeben habe; l. 5. l. 17. C. de solut. daferne nur der Tertius dieses in des Schuldners Nahmen bezahlet habe; weil wiedrigen falls, wenn er es nicht in des Schuldners Nahmen bezahlet hat, der Schuldner dadurch nicht von seiner Schuld befreyet wird, sondern allein der Tertius die Condictionem indebiti hat, l. 19. §. 1. l. 65. §. f. ff. de condict. indeb. hat hingegen ein Tertius im Nahmen des Haupt-Schuldners und vor ihn die Schuld bezahlet, ob es schon ihm ohnwissend, ja auch wieder seinen Willen gesche-

geschehen wäre; so wird dennoch dadurch die Schuld, wormit er verhafftet gewesen, getilget; pr. I. h. t. Nam & naturalis & ciuilis ratio suadet, alienam conditionem quidem, etiam ignorantis & inviti, nos facere posse, deteriorem non posse; *l. 39. in. fin. ff. de Neg. gest. l. 23. & l. 53. ff. de solut.* Nec obstat regula: quod invito non detur beneficium; *l. 69. ff. de R. I.* nam solutio, quæ debitori non est grata, formalem beneficii rationem amittit: vtpote quæ est benevola actio, gaudium afferens accipienti. SENECA *de Benef. l. 1. c. 6.* Quoniam vero creditor debitum recipiens talis esse desinit; ergo eius correlatum, debitor scilicet, ex iuris necessitate a vinculo liberatur, sicque fruitur beneficio naturaliter accepto, & per consequentiam, schreibt LAVTERB. Coll. ff. Tit. de solut. §. 6. Und zwar verhält dieses sich in Ansehung des Haupt-Schuldners von der Schuld-Post; So viel aber den Regress desjenigen, der dieses vor einem andern bezahlet hat, wieder demjenigen, der solche Zahlung geleistet hat, anlanget, machet man einen Unterscheid: ob iemand vor iemanden, der es gewust, gewollt, auch wohl gar begehret und befohlen hat, oder bey der Zahlung zugegen gewesen und dawieder nicht contradiciret hat, bezahlet; oder: ob man vor einem andern, der davon nichts gewust, nichts befohlen, oder auch abwesend gewesen, etwas

bezah-

bezahlet hat. Im ersten Fall hat derjenige, der diese Summe bezahlet hat, wieder den Schuldner die Actionem Mandati, mittelst deren er dasjenige wieder fordert, was er vor ihn bezahlet hat; l. 6. §. 2. l. 18. l. 28. ff. mand. dahingegen in letztern Fall ihm zu Erlangung desjenigen, was er vor einem andern bezahlet hat, die Actio negotiorum gestorum zustehet, l. 41, l. 43. ff. N. G. Hat aber iemand vor einem andern etwas bezahlet, welcher aber darwieder geredet, und solches nicht genehm gehalten, vielmehr contradiciret hat; so ist zwar des Haupt-Schludners Obligation dadurch getilget, derjenige aber, der solches bezahlet, mag solches von dem Schuldner nicht wieder fordern; weil die Rechte vermuthen, daß er solches animo donandi vor ihm bezahlet habe. l. 40. ff. mand. l. ff. C. de neg gest. STRYK. de Caut. Contr. Sect. IV. cap. 1. & 4.

Anlangend die Persohnen denen gezahlet werden mag, so wird erfordert: daß dieselben auch die freye Gewalt mit ihrem Vermögen nach Gefallen zu schalten und zu walten, haben müssen. Denn weil er sich nicht etwa einen blossen Nutz erwirbet, sondern auch zugleich eine ihm zustehende Obligation erlässet; so wird auch von seiten Seiner die freye Macht, seine Sachen zu veräussern, nothwendig erfordert. Hieraus fliesset: daß ein Unmündiger und

Mino-

Minorennis, ohne Auctoritæt und Einwilligung seines Curatoris oder Vormundes, nicht möge Zahlung annehmen; dergestallt, daß wenn ihnen gleich etwas ist gezahlet worden, dennoch die Obligation dadurch nicht erleschen und getilget worden; §. 2. l. quib. alien. licet. wovon schon oben Tit. VIII. Lib. II. weitläufftiger gehandelt worden.

So muß auch derjenige, dem gezahlet wird, ein würcklicher Creditor oder Gläubiger, seyn sintemahl der Creditor allein das Recht an dieselbe Obligation hat, mithin auch er allein dieselbe Obligation dem Schuldner erlassen kan. Jedoch kan auch statt des Creditoris einem andern etwas gezahlet werden, wenn derselbe nur zur Annehmung der Zahlung von dem Gläubiger beordert worden ist. Also kan die Schuld, die ich einem Mündel, Minorennen, Rasenden und dergleichen verhafftet bin, gar wohl dem Vormunde oder Curatori gezahlet werden; weil dieselben ex legis dispositione den Creditorem præsentiren und vorstellen, l. 49. ff. de solut. l. 46. §. 5. & fin. ff. de administr. & peric. tut. deßgleichen kan ich des Gläubigers seinem Procuratori gültiger weise zahlen, wenn er darzu Vollmacht hat. Ja es ich auch ein mandatum tacitum schon genug. Daher wann einer Vollmacht und Gewalt hat, eine Sache zu verkauffen; so mag diesem Bevollmächtigten auch das Kauff-Geld gültiger wei-

se

se bezahlet werden. Jedoch bey der an den Procuratorem zu beschehenen Zahlung ist dieses wohl zu bedencken: ob er ein Procurator in rem suam, oder aber in rem alienam sey. Im ersten Fall mag demselben, ohne alle Ausnahme, das Geld oder die Schuld bezahlet werden, und dadurch wird er von seiner Schuld befreyet; arg. l. 13. §. 1. ff. de pact. l. 25. in f. ff. de procur. Hieher ist nun derjenige zu ziehen, welchem der Haupt-Creditor das Capital cediret und abgetreten hat. Denn diesem geschiehet die Zahlung gültiger Weise, und der Schuldner wird durch die an ihm beschehene Zahlung von seiner Schuld vollkommen befreyet.

Die Continuation dieses Tituls soll jüngsthin folgen.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Vorhoff der gantzen Jurisprudenz Oder Vollständige Einleitung zum Iure Civili, Feudali, Canonico und Publico

Bd.: 31.

Braunschweig (1735)

J.rom.c. 329-25/36
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10566054-0
VD18 80294227-001